ESCUELA DE DOCTORADO
INTERNACIONAL DE LA USC

Rubén
IGLESIAS POSSE

Tesis doctoral

Infracciones de derechos de Propiedad Intelectual a través de redes informáticas descentralizadas: el caso de las redes Peer to Peer (P2P)

Santiago de Compostela, 2022

Programa de doctorado en Derecho

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDOS
DE DOUTORAMENTO E AVANZADOS
DA USC (CIEDUS)

TESIS DE DOCTORADO

INFRACCIONES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE REDES INFORMÁTICAS DESCENTRALIZADAS: EL CASO DE LAS REDES PEER TO PEER (P2P)

Rubén Iglesias Posse

ESCUELA DE DOCTORADO INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2022

DECLARACIÓN DEL AUTOR/A DE LA TESIS

D./Dña. **Rubén Iglesias Posse**

Título de la tesis: **Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual a través de redes informáticas descentralizadas: el caso de las redes Peer to Peer (P2P)**

Presento mi tesis, siguiendo el procedimiento adecuado al Reglamento y declaro que:

1) La tesis abarca los resultados de la elaboración de mi trabajo.
2) De ser el caso, en la tesis se hace referencia a las colaboraciones que tuvo este trabajo.
3) Confirmo que la tesis no incurre en ningún tipo de plagio de otros autores ni de trabajos presentados por mí para la obtención de otros títulos.
4) La tesis es la versión definitiva presentada para su defensa y coincide la versión impresa con la presentada en formato electrónico.

Y me comprometo a presentar el Compromiso Documental de Supervisión en el caso que el original no esté depositado en la Escuela.

En **Sada**, **10 de enero de 2023**.

Firma electrónica

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR/TUTOR DE LA TESIS

D./Dña. **Ángel Fernández-Albor Baltar**

En condición de: **Director/a**

Título de la tesis: **Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual a través de redes informáticas descentralizadas: el caso de las redes Peer to Peer (P2P)**

INFORMA:

Que la presente tesis, se corresponde con el trabajo realizado por D/Dña **Rubén Iglesias Posse**, bajo mi dirección/tutorización, y autorizo su presentación, considerando que reúne los requisitos exigidos en el Reglamento de Estudios de Doctorado de la USC, y que como director/tutor de esta no incurre en las causas de abstención establecidas en la Ley 40/2015.

En **Santiago de Compostela**, **10 de enero de 2023**

Firma electrónica

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ÍNDICE

Pag.

Resumen, objetivos y metodología. 1

Abreviaturas y acrónimos. 4

Capítulo 1
Del mundo analógico a la era digital: irrupción y consolidación de las redes globales de comunicaciones

1.1. La Revolución Digital y la Sociedad de la Información. 7

1.2. Impacto y primeras consecuencias en la industria del entretenimiento. 10

1.3. Los sistemas de comunicación en red y las redes P2P. 15

1.4. Estructuración y desglose conceptual de las redes P2P. 18

1.4.1. La infraestructura P2P. 19

1.4.2. Programas o aplicaciones P2P. 19

1.4.2.1. Computación distribuida. 19

1.4.2.2. Sistemas de colaboración entre usuarios. 21

1.4.2.3. Plataformas P2P. 22

1.4.3. Las comunidades P2P. 23

1.5. Ejemplos relevantes del empleo del modelo P2P en

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

diferentes ámbitos. 24

1.5.1. El modelo P2P como alternativa al modelo cliente/servidor en el campo de la arquitectura de aplicaciones informáticas. 24

1.5.2. El modelo P2P como sustrato de la tecnología blockchain. 29

1.5.2.1. Relevancia jurídica de la cadena de bloques. 34

1.5.2.2. Propiedad intelectual y blockchain. 38

1.5.2.2.1. Registro de autoría y titularidad de derechos. 39

1.5.2.2.2. Subscripción de contratos y acuerdos de explotación. 46

1.5.2.2.3. Gestión colectiva de derechos. 50

1.5.2.2.4. Lucha contra la infracción de derechos y la piratería digital. 54

Capítulo 2
Evolución histórico-tecnológica del desarrollo de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos en red

2.1. Introducción: de Napster a Pirate Bay y más allá. 66

2.2. Napster. 68

2.3. Gnutella y sus derivados. 72

2.3.1. El primer Gnutella. 72

2.3.2. FastTrack, Gnutella 2 y MP2P. 75

2.3.3. eDonkey2000. 78

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.4. BitTorrent. 82

2.4.1. Elementos técnicos básicos de BitTorrent. 83

2.4.1.1. Ausencia de red propia o uso de ajenas. 83

2.4.1.2. Superación de soluciones técnicas provenientes de modelos anteriores. 85

2.4.1.2.1. Fragmentación extrema y simultaneidad de actos de carga y descarga para optimizar el proceso de intercambio de archivos. 85

2.4.1.2.2. El uso de la función hash para la identificación, búsqueda y reordenación de las partes que componen el archivo a intercambiar vía BitTorrent. 88

2.4.1.3. Los "trackers", su papel y funciones. 89

2.4.2. Elementos técnicos avanzados de BitTorrent. 91

2.4.2.1. El uso de Distributed Hash Tables y Peer Exchange como alternativa a los trackers. 93

2.4.2.2. El uso de enlaces magnet. 95

2.4.2.3. El uso de la función Distributed Indexing. 97

2.4.2.4. El uso de seedboxes. 98

Capítulo 3
Evolución histórico-normativa del tratamiento del problema del intercambio de archivos a través de redes P2P

3.1. Introducción. 101

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.2. 1996-2005: primeras propuestas regulatorias con incidencia en la materia objeto de estudio. 102

3.3. De 2005 a la actualidad: propuestas concretas para hacer frente al problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas. 121

3.3.1. El endurecimiento de las medidas penales para combatir el intercambio ilegal de archivos. 121

3.3.2. El desarrollo de las conocidas como medidas de respuesta gradual. 128

3.3.2.1. Implementación mediante acuerdos privados entre ISPs y titulares de derechos: los ejemplos irlandés y norteamericano. 138

3.3.2.2. Implementación doméstica a través de normas de derecho positivo. 144

3.3.2.2.1. El no de la Unión Europea. 145

3.3.2.2.2. Países que han implementado sistemas de respuesta gradual en su legislación nacional. 149

a) Francia. 149

b) Reino Unido. 157

c) República de Corea. 165

d) República de China. 168

e) Nueva Zelanda. 171

3.3.2.3. Ventajas e inconvenientes de los sistemas de respuesta gradual. 179

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.3.2.3.1. Aspectos positivos. 179

3.3.2.3.2. Aspectos negativos. 181

3.3.2.4. Principios básicos para el diseño de sistemas de respuesta gradual equilibrados. 195

3.3.3. Otras propuestas y alternativas para confrontar el problema. 197

3.3.3.1. El modelo normativo canadiense de "notice and notice". 197

3.3.3.1.1. Antecedentes. 198

3.3.3.1.2. Primeros intentos normativos: la Bill C-60, la Bill-C-61 y la Bill-C-32. 200

3.3.3.1.3. La Copyright Modernization Act de 2012. 205

3.3.3.2. Desindexación en buscadores de Internet de páginas vinculadas a la infracción de derechos a través de redes P2P. 209

3.3.3.3. El "estrangulamiento" económico de los sitios web infractores de derechos de propiedad intelectual. 213

3.3.3.3.1. Acciones orientadas a limitar los ingresos provenientes de la publicidad. 214

3.3.3.3.2. Acciones coordinadas con proveedores de medios y pasarelas de pago. 224

3.3.3.4. Medidas de filtrado y de bloqueo del acceso a sitios y páginas web P2P infractoras de derechos de terceros. 231

3.3.3.4.1. Medidas de filtrado. 232

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a) Filtrado a nivel de red. 233

b) Filtrado a nivel de páginas o sitios web. 239

3.3.3.4.2. Medidas dictadas en sede judicial consistentes en impedir el acceso del público a determinados sitios web y páginas P2P. 245

Capítulo 4
Tratamiento jurisprudencial en el plano internacional del intercambio de archivos protegidos a través de redes P2P

4.1. Introducción. 252

4.2. Decisiones relativas al primer modelo de aplicaciones P2P. 253

4.3. Decisiones relativas al segundo modelo de aplicaciones. 258

4.4. Decisiones relativas al tercer modelo. 272

Capítulo 5
La situación en España: marco normativo y resoluciones judiciales más relevantes

5.1. Introducción. 289

5.2. La ley de Propiedad Intelectual. 289

5.3. El derecho de reproducción en el TRLPI. 290

5.3.1. Fijaciones directas e indirectas. 291

5.3.2. Fijaciones totales y parciales. 296

5.3.3. Fijaciones provisionales y permanentes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

El límite del artículo 31.1 TRLPI. 301

5.3.3.1. Ámbito de aplicación de la excepción. 306

5.3.3.2. Computadores y sistemas de memoria: aclaraciones terminológicas previas. 311

5.3.3.3. Tipos de reproducciones provisionales en relación a la transmisión de contenidos digitales a través de redes de comunicaciones. 315

5.3.3.3.1. Las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias. 316

5.3.3.3.2. Las reproducciones o copias RAM. 319

a) Puntualizaciones iniciales sobre las copias RAM. 321

b) La incardinación de las copias RAM, en general, en la excepción del art. 31.1. 324

c) La incardinación de las copias RAM originadas durante el intercambio de archivos a través de redes P2P en la excepción del art. 31.1. 338

d) ¿Constituyen las copias RAM reproducciones en sentido técnico-jurídico? 345

e) Los supuestos de reproducciones RAM surgidas del uso y disfrute de programas de ordenador y bases de datos. 353

5.3.3.3.3. Las reproducciones o copias caché. 369

a) Puntualizaciones iniciales. 372

b) La realización de fijaciones en memoria caché,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en general, y su posible inclusión en la excepción del art. 31.1 TRLPI. 377

c) La incardinación de las copias caché originadas en el intercambio de archivos a través de redes P2P en la excepción del art. 31.1. 390

d) Los supuestos de reproducciones caché surgidas del uso y disfrute de programas de ordenador y bases de datos. 393

5.3.4. Fijaciones para uso privado. El límite del artículo 31.2 TRLPI. 396

5.3.4.1. Ámbito de aplicabilidad de la excepción. 397

5.3.4.1.1. Consideraciones previas. 397

5.3.4.1.2. Requisitos para el juego de la excepción. 400

a) Los generales del 31.2 TRLPI. 400

b) El requisito de la letra a) del 31.2 TRLPI. 406

c) El requisito de la letra b) del 31.2 TRLPI. 407

d) El requisito de la letra c) del 31.2 TRLPI. 409

5.3.4.1.3. Exclusiones del ámbito de aplicación de la excepción: el artículo 31.2. 416

5.4. El derecho de distribución en el TRLPI. 417

5.5. El derecho de comunicación pública en el TRLPI. 419

5.6. La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y el procedimiento administrativo de salvaguarda de derechos en el entorno digital. 421

5.6.1. Configuración inicial. 422

5.6.2. Primeras críticas al procedimiento. 427

5.6.3. Modificaciones y configuración actual. 431

5.6.4. Balance de actuaciones de la Sección Segunda. 438

5.7. La ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 439

5.7.1. Responsabilidad de operadores y proveedores de acceso por transmitir y almacenar provisionalmente datos facilitados por terceros. 448

5.7.2. Responsabilidad de los prestadores de servicios por almacenar provisionalmente datos facilitados por terceros. 454

5.7.3. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. 463

5.8. El Código Penal. 472

5.9. Resoluciones judiciales más relevantes sobre el intercambio de archivos a través de redes P2P. 477

5.9.1. Jurisdicción penal. 478

5.9.1.1. Decisiones anteriores a la Ley Orgánica 1/2015. 478

5.9.1.1.1. Consideraciones críticas. 490

5.9.1.2. Decisiones posteriores a la Ley Orgánica 1/2015. 493

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5.9.2. Jurisdicción civil. 494

5.9.2.1. El caso de El Rincón de Jesús. 495

5.9.2.2. El caso Índice-web. 513

5.9.2.3. La responsabilidad de quien crea y comercializa software destinado al intercambio de archivos a través de redes P2P: el caso Blubster. 515

5.9.2.3.1. La valoración de la Audiencia de Madrid al resolver el recurso de apelación del caso Blubster. 519

5.9.2.4. Resoluciones relativas al ejercicio de acciones de suspensión del servicio de acceso del artículo 139.1.h) TRLPI. 528

5.9.2.4.1. El caso R. 530

5.9.2.4.2. El caso ExVagos. 533

5.9.2.4.3. Los casos HDFull y Telefónica Audiovisual. 537

5.9.2.5. La responsabilidad de quien administra una página de enlaces P2P: el caso Sharemula. 541

5.9.2.6. Acciones civiles contra usuarios individuales de redes P2P. 546

5.9.3. Jurisdicción administrativa. 560

Conclusiones. 566

Bibliografía. 578

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

RESUMEN OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

La presente tesis doctoral pretende analizar desde un punto de vista jurídico el fenómeno del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual a través de redes informáticas descentralizadas, en concreto, mediante las conocidas como redes *peer to peer* (P2P) y aportar, en la medida de lo posible, nuevas aproximaciones a su tratamiento, intentando superar, al menos, dos problemas concretos que han venido lastrando su estudio desde el ámbito del Derecho.

El primero de ellos es la compleja base técnica sobre la que descansa la actividad objeto de estudio. La adquisición de un nivel básico de conocimientos informáticos, especialmente en áreas como fundamentos de computadores, redes, Internet y sistemas distribuidos, ha facilitado sobremanera mi análisis como jurista. En no pocas ocasiones este trabajo formativo paralelo me ha permitido alcanzar una mejor comprensión de cuestiones técnicas cuyo tratamiento en nuestra normativa no resulta del todo claro, lo cual constituye el segundo de los problemas a los que hacia referencia, pues ello ha coadyuvado a generar cierta falta de acierto en el análisis académico, así como de no poco desacuerdo doctrinal, en relación a determinados aspectos que analizaré a lo largo de mi trabajo como son, por ejemplo, la tipología y propiedades de los enlaces P2P y la distinción tradicional entre fijaciones provisionales y permanentes. En ambos casos formulo nuevas propuestas interpretativas, las cuales entiendo que son, al mismo tiempo, válidas desde un punto de vista jurídico y sólidas desde una perspectiva técnica-informática.

En lo que a la metodología se refiere, he partido de un análisis histórico y técnico del desarrollo de la concreta actividad de intercambio de archivos a través de redes informáticas

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

descentralizadas y redes P2P, desde sus primeros momentos hasta el presente, prestando especial atención a cómo tiene lugar en la actualidad y, además, al tratamiento normativo y judicial que se le ha venido dando a este fenómeno. Así, en un primer nivel he procedido a contextualizar en qué consisten las redes informáticas distribuidas, el intercambio de archivos en relación al proceso de digitalización de contenidos creativos característico de la conocida como Sociedad de la Información para luego, tras analizar qué son y cómo se clasifican las redes P2P, ahondar en el concepto y la importancia que el modelo P2P tiene en relación al diseño de aplicaciones informáticas en red o como base técnica de nuevas tecnologías como, por ejemplo, la cadena de bloques o *blockchain*.

A continuación me he centrado en el estudio de la evolución histórico-tecnológica de dicho diseño informático a lo largo del tiempo y a través del análisis de los principales modelos de aplicaciones P2P destinadas al intercambio de archivos, de los cuales, Napster, Gnutella, eDonkey y BitTorrent podrían considerarse los más claros y clásicos paradigmas.

En un tercer nivel, describo desde un punto de vista histórico-normativo el desarrollo de las diferentes propuestas jurídicas que en derecho comparado se han venido articulando para dar una solución al problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas. En concreto, analizaré las conocidas como normas de respuesta gradual, sin duda la tendencia legislativa de mayor calado en la actualidad, prestando atención tanto a las diversas versiones implementadas a nivel nacional en países como Francia o el Reino Unido, entre otros, como a alternativas menos conocidas como el modelo normativo canadiense de *notice and notice*.

Por ultimo, estudiaré la situación de la cuestión en nuestro país, centrándome en la normativa más relevante y analizando las principales decisiones que han marcado el tratamiento en sede judicial y administrativa del objeto del presente trabajo. En primer lugar y dentro de los derechos exclusivos recogidos en la Ley de Propiedad Intelectual, se prestará especial atención, por una parte, a la realización de reproducciones temporales, dada su relevancia en la transmisión de archivos conteniendo obras protegidas, y, por otro

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

lado, al límite de las fijaciones para uso privado, por el peso e importancia histórica del debate que se generó inicialmente en torno a la potencial aplicabilidad de la excepción al intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P. En segundo lugar y por lo que se refiere al repaso de las resoluciones más relevantes vinculadas de algún modo a este fenómeno, ahondaremos tanto en las emanadas desde la jurisdicción penal y la civil, como las resultantes del procedimiento administrativo de salvaguarda de derechos encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura.

El tratamiento de todas estas cuestiones nos permitirá finalmente y desde la perspectiva del derecho de propiedad intelectual presentar nuestras conclusiones sobre esta práctica, la respuesta que se le da en la actualidad desde el ordenamiento jurídico y nuestra valoración crítica de la misma, clara y coherente con la realización actual de este tipo de actos, de acuerdo con el estadio de desarrollo tecnológico en el que hoy en día nos encontramos en la materia.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ADI: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor.
AIM: *AOL Instant Messenger*.
ALADDA: Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (España).
AOL: *America Online*.
AP: Audiencia Provincial (España).
API: *Application Program Interface*.
ARPANET: *Advanced Research Projects Agency Network*.
Art./arts.: artículo/artículos.
BBS: *Bulletin Board Systems*.
CD: *Compact Disc*.
CD-R: *Compact Disc Recordable*.
CD-ROM: *Compact Disc Read Only Memory*.
Cfr.: *confer*.
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial (España).
CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (España).
CRi: *Computer Law Review International*.
DAMA: Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (España).
DHT: *Distributed Hash Tables*.
DI: *Distributed Indexing*.
Dir./dirs.: director/directores.
DMCA: *Digital Millennium Copyright Act*.
DNS: *Domain Name System*.
DP: diligencias previas.
DRM: *Digital Rights Management*.
DVD: *Digital Video Disc*.
Ed./eds./ed/eds: editor/editores.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

EIPR: *European Intellectual Property Review.*
Et al.: y otros.
EUIPO: *European Union Intellectual Property Office.*
EURESCOM: *European Institute for Research and Strategic Studies in Telecommunications* (Alemania).
FTP: *File Transfer Protocol.*
GB: *gigabyte.*
GRD: *Global Repertoire Database.*
HTTP: *Hypertext Transfer Protocol.*
IANA: *Internet Assigned Numbers Authority.*
IBM: *International Business Machines Corporation.*
ICANN: *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.*
IEEE: *Institute of Electrical and Electronics Engineers.*
IIC: *International Review of Intellectual Property and Competition Law.*
IMR: *International Music Registry.*
IP: *Internet Protocol.*
IPR: *Intellectual Property Rights.*
IRC: *Internet Relay Chat.*
JI: Juzgado de Instrucción (España).
JM: Juzgado de lo Mercantil (España).
JO: juicio ordinario.
JP: Juzgado de lo Penal (España).
LAN: *Local Area Network.*
LPI: Ley de Propiedad Intelectual.
MAN: *Metropolitan Area Network.*
MB: *megabyte.*
MFTP: *Multisource File Transfer Protocol.*
MIDI: *Musical Instrument Digital Interface.*
MIT: *Massachusetts Institute of Technology.*
MPA/MPAA: *Motion Picture Association / Motion Picture Association of America.*
MP3: *MPEG-1 Audio Layer 3.*
NASA: *National Aeronautics and Space Administration.*
NFT: *non-fungible token.*
Nº/Núm.: número.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

OFCOM: *Office of Communications* (Reino Unido).
OMC: Organización Mundial del Comercio.
OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
Op. Cit.: obra citada.
OSI: *Open Systems Interconnection.*
PA: procedimiento abreviado.
Pág./págs.: página/páginas.
PDA: *personal digital assistant.*
PEX: *Peer Exchange.*
PKI: *Public Key Infrastructure.*
PRM: *Property Rights Management.*
P2P: *peer to peer.*
RA: recurso de apelación.
RIAA: *Recording Industry Association of America* (Estados Unidos).
Santa Clara High Tech. L.J.: *Santa Clara High Technology Law Journal.*
SETI: *Search for Extraterrestrial Intelligence.*
SGAE: Sociedad General de Autores y Editores.
TC: Tribunal Constitucional (España).
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TPB: *The Pirate Bay.*
TS: Tribunal Supremo (España).
TSA: *Timestamping Authority.*
UCLA: *University of California, Los Angeles.*
UE: Unión Europea.
URI: *Uniform Resource Identifier.*
URL: *Uniform Resource Locator.*
Vand. J. Trans. L.: *Vanderbilt Journal of Transnational Law.*
Vid./videre: véase.
VV.AA.: varios autores.
WAN: *Wide Area Network.*
WCT: Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.
WIPO: *World Intellectual Property Organization.*
WPPT: Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1. DEL MUNDO ANALÓGICO A LA ERA DIGITAL: IRRUPCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LAS REDES GLOBALES DE COMUNICACIONES

1.1. LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

El final de la Segunda Guerra Mundial es generalmente aceptado como el punto de inicio de una nueva etapa en la historia de la humanidad y el momento temporal en el que arrancan dos procesos importantes que debemos mencionar si queremos contextualizar mínimamente el fenómeno jurídico objeto de estudio de la presente tesis doctoral.

En primer lugar, está por un lado lo que se conoce como Revolución Digital o, lo que viene siendo lo mismo, el tránsito gradual de la tecnología analógica y mecánica a la digital. Un movimiento profundo y complejo, propulsado por la cascada de avances puestos en marcha a partir de los trabajos científicos de, entre otros, Alan Turing y John von Neumann, padres de la ciencia de la computación y del desarrollo de las primeras computadoras electrónicas[1], que sigue aún en proceso.

En segundo término tenemos lo que, tras la constatación de su existencia por el economista norteamericano Fritz Machlup a inicios de la década de los años sesenta del siglo XX, se ha venido en denominar Sociedad de la Información, es decir, un nuevo sector económico que complementa a las tradicionales actividades de transformación de recursos naturales, a las artesanales e industriales manufactureras y al de provisión de servicios, y que se centra en la

[1] Véase L. GRAVES, «Digital Revolution», en J. S. RUBIN and S. E. CASPERS (eds), *The Oxford encyclopedia of American cultural and intellectual history*. New York, Oxford University Press, 2013, volumen 1, págs. 295 a 299.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

producción y distribución de conocimiento[2]. Un número importante de industrias pueden identificarse dentro de las cinco categorías principales que vertebran este nuevo sector económico: educación; investigación y desarrollo; medios de comunicaciones; dispositivos técnicos de información (como los computadores) y servicios de información (económicos, financieros, etc.).

Tanto la consolidación de la Sociedad de la Información como el avance de la Revolución Digital experimentaron adelantos notables gracias al inicio de la comercialización de ordenadores personales a mediados de la década de los setenta[3] y a la popularización de Internet como medio de comunicación global a principios de los años noventa[4] gracias, principalmente, al desarrollo e irrupción de la *World Wide Web*, una red informática global con todo tipo de información y contenidos organizados e interconectados entre sí, a la cual se accede a través de Internet[5].

La aparición de esta red telemática global ha determinado que, dentro de las actividades que se engloban en la Sociedad de la Información, hayan ido cobrando cada vez más relevancia las derivadas de las llamadas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, las cuales comprenden el conjunto de teorías y

---

2 J. R. BENIGER, *The control revolution; Technological and economic origins of the Information Society*. Cambridge, Harvard University Press, 1986, págs. 21 a 27.

3 Véase M. CAMPBELL-KELLY AND W. ASPRAY, *Computer: a history of the information machine*. 2nd edition. Boulder, Westview Press, 2004, págs. 207 a 253.

4 J. ABBATE, *Inventing the Internet*. Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 1999, pág. 181 y ss. Sobre los orígenes y el desarrollo de Internet, así como los proyectos de redes que le precedieron, véase también: K. HAFNER AND M. LYON, *Where wizards stay up late; The origins of the Internet*. New York, Touchstone, 1998; J. NAUGHTON, *A brief history of the future; The origins of the Internet*. London, Weidenfeld & Nicolson, 1999; y B. M. LEINER, V. G. CERF, D. D. CLARK ET AL, *Brief history of the Internet*. Internet Society, October 2012. Disponible en: *<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#f3>*

5 Nótese que Internet es la red de redes sobre la que se constituye la *World Wide Web*, que puede ser definida como un sistema de intercambio de información visualizable a traves de la pantalla del computador, también conocido como "hipertexto". Véase, en general, T. BERNERS-LEE, *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor*. San Francisco, Harper, 1999; y J. GILLIES AND R. CAILLIAU, *How the Web was born: the story of the World Wide Web*. Oxford, Oxford University Press, 2000.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

técnicas que permiten tener acceso a la información a través de medios electrónicos de comunicación[6]. También y como consecuencia de ello, que estemos avanzando hacía un estadio diferente dentro de la Sociedad de la Información —el cual algunos autores como BENKLER han denominado "economía de la información en red"[7]—, en la que los individuos han pasado a tener un rol más destacado y sus acciones fuera de los mecanismos normales del mercado, cuando son de naturaleza cooperativa y están coordinadas, cuentan cada vez con mayor relevancia[8]. Ejemplos recientes de esta producción social de bienes y servicios o economía colaborativa e incluso *economía P2P*, como también se la conoce[9], son plataformas como Uber y BlaBlaCar, en el ámbito del transporte; como Airbnb, en el del alojamiento; y como KickStarter, en el de la financiación y micromecenazgo[10].

Todos estas circunstancias, procesos y hechos tienen una notable repercusión en la sociedad moderna y, en concreto, tal y como veremos en el siguiente apartado, en la historia propia de la industria cultural y del entretenimiento la cual, además de capitalizar buena parte de la producción y explotación comercial de creaciones susceptibles de protección a través del derecho de propiedad intelectual, ha sufrido más que ninguna la irrupción de la tecnología P2P.

---

6 Las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones juegan un papel central en lo que algunos economistas han venido en denominar la tercera revolución industrial de la historia contemporánea de la humanidad, pues constituyen la piedra angular de uno de los pilares que sustentan, junto a la producción y almacenamiento de energías renovables esta próxima y, por lo que parece, radical transformación de la sociedad occidental. Véase J. RIFKIN, *The third industrial revolution: how lateral power is transforming energy, the economy and the world*. New York, Palgrave Macmillan, 2011.

7 Y. BENKLER, *The wealth of networks; How social production transforms markets and freedom*. New Haven, Yale University Press, 2006, págs. 2 a 7 y 35 a 132.

8 Sobre el tema en general véase, por ejemplo: D. TAPSCOTT AND A. D. WILLIAMS, *Wikinomics; How Mass Collaboration Changes Everything*. Expanded Edition. New York, Portfolio, 2008.

9 Véase M. BAUWENS, «The Political Economy of Peer Production», CTHEORY (2005). Disponible en: <*https://journals.uvic.ca/index.php/ctheory/article/view/14464/5306*>

10 Sobre el papel de estas plataformas, principalmente desde el prisma de la normativa comunitaria, véase D. DEVOLDER (ed), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*. Cambridge, Intersentia, 2019.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.2. IMPACTO Y PRIMERAS CONSECUENCIAS EN LA INDUSTRIA CULTURAL Y DEL ENTRETENIMIENTO.

Una de las ramas del conocimiento y de la actividad intelectual humana que ha experimentado importantes transformaciones derivadas de la Revolución Digital y de la consolidación de la Sociedad de la Información es, sin duda, el de las artes. Pocas de las formas de expresión artísticas que la componen han quedado al margen de sus efectos. De entre las que sí se han visto claramente alteradas y sin ánimo alguno de desmerecer al resto[11], nos centraremos ahora en estudiar varios de los efectos producidos en la música y la cinematografía, artes relevantes dentro de la actual industria de la cultura y del entretenimiento además de, como sabemos, objeto predilecto de actos de intercambio de archivos conteniendo obras de esta naturaleza a través de redes P2P.

Comenzando por la música, cinco son los factores que deben ser inicialmente tenidos en cuenta, todos ellos acontecidos entre la década de los setenta y de los noventa del siglo XX. Por una parte, la adopción, no sin cierta renuencia inicial[12], del *Compact Disc* (CD) por la industria discográfica y el transito definitivo de los formatos tradicionales de reproducción mecánica al mucho más rentable formato digital[13], así como al desarrollo del *Musical Instrument Digital Interface* (MIDI), un protocolo de vocación universal diseñado

---

[11] Pensemos, por ejemplo, en la literatura. Para uno de los primeros análisis sobre el impacto de la digitalización, la popularización de Internet y el desarrollo de lectores portátiles de documentos en relación con la industria editorial, véase M. STEFIK, *The Internet edge; Social, technical, and legal challenges for a networked world.* Cambridge, The MIT Press, 2000, págs. 23 a 54.

[12] S. JONES, «Music and copyright in the USA», en S. FRITH (ed), *Music and copyright*. Edinburgh, Edinburgh University Press, 1993, pág. 69.

[13] Como explica P. J. ALEXANDER, "*the transition from analog to digital production and reproduction has had a potentially significant effect on costs within the industry. With digital products the cost of reproducing and distributing perfect copies is functionally zero. Unlike the case where the tape player made production cheaper but did not alter the costs of distribution, digital technology has reduced both reproduction and distribution costs*." P. J. ALEXANDER, «Peer-to-Peer file sharing: the case of the music recording industry», REVIEW OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, Volumen 20 (2002), pág. 154. Sobre formatos digitales en la industria musical, véase S. E. SCHOENHERR, *Recording technology history*. New York, The Audio Engineering Society, 2005, capítulo 14, secciones "Digital audio revolution" y "Digital audio formats".

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para la creación y reproducción de música digital[14]. En segundo término, la consolidación del *Compact Disc Read Only Memory* (CD-ROM) como el estándar de disco compacto que vendría a ser empleado de manera generalizada para la instalación de aplicaciones, la copia y el volcado de datos en y desde cualquier computador[15], y la circunstancia que el mismo lenguaje binario que se utilizaba para codificar e insertar digitalmente mediante tecnología láser todo tipo de creaciones del intelecto en discos compactos constituía, a su vez, el sistema de comunicación básico en la ciencia informática[16].

Todos estos factores marcaron un primer punto de inflexión, el cual se concreta en que, a primeros de los años noventa y gracias al impulso de las industrias que promovían la transición a la era digital, un número importante de usuarios estaba en condiciones de *acceder* a los archivos de datos de cualquier CD que cayese en sus manos, principalmente creaciones y obras musicales, mediante la introducción de dicho disco óptico en la unidad de CD-ROM de su ordenador personal[17].

A diferencia de lo que sucedía con los dispositivos característicos de la era analógica —pensemos en los aparatos reproductores de discos de vinilo o de cassetes—, el computador permitía no sólo la reproducción de cualquier obra protegida fijada en un soporte óptico, sino que, además, ponía al alcance de todo usuario una copia exacta de la misma. Si bien inicialmente la tecnología existente no permitía a un usuario ordinaro el realizar de manera sencilla las operaciones de extracción y almacenamiento de dichas copias digitales, la situación no tardaría mucho en cambiar.

---

[14] Véase G. LOY, «Musicians make a standard: the MIDI phenomenon», COMPUTER MUSIC JOURNAL, volumen 9, número 4 (1985), pág. 8 y ss. En relación al impacto del MIDI en la música popular, S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and copywrongs; The rise of Intellectual Property and how it threatens creativity*. New York, New York University Press, 2001, págs. 149 a 151.

[15] *Vid.* S. G. STAN, *The CD-Rom drive; A brief system description*. Dordrecht, Springer Science + Business Media, 1998, págs. 1 a 10.

[16] Véase, S. LLOYD, *Programming the universe: a quantum computer scientist takes on the cosmos*. New York, Alfred A. Knoft, 2006, capítulo 2.

[17] Unidad que, en 1995, venía ya incorporada de serie en prácticamente todos los equipos personales comercializados en los Estados Unidos de América. N. NEGROPONTE, *Being digital*. London, Hodder & Stoughton, 1995, pág. 66.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Un poco antes de que esto sucediese, la llegada de Internet transformaría de manera drástica y definitiva las posibilidades existentes en materia de telecomunicaciones, poniendo a nuestro alcance un canal de comunicación a través del cual los usuarios pudimos acceder y compartir información sin estar sujetos a las tradicionales limitaciones de tiempo y espacio. Este intercambio de información, la razón primigenia del nacimiento de la red de redes —y que en su momento constituyó también una de las razones que impulsaron el desarrollo de la *Advanced Research Projects Agency Network* o ARPANET, el embrión de lo que hoy es Internet[18]—, tuvo lugar primeramente a través de la transmisión de mensajes de texto e imágenes, para gradualmente llegar a abarcar, gracias al imparable desarrollo tecnológico, todo tipo de archivos de datos y contenidos digitales.

La irrupción y extensión generalizada de Internet marcó, en definitiva, un segundo punto de inflexión en relación a la industria musical y cinematográfica y, por extensión, al conjunto de la industria cultural y del entretenimiento, en lo que se refiere al derecho de propiedad intelectual: a mediados de los noventa, millones de usuarios estuvieron en condiciones de transmitir y poner en circulación de manera global todo tipo de contenidos digitales a los que pudieran tener acceso, la mayoría extraídos del amplio abanico de soportes ópticos empleados para la comercialización de obras protegidas, principalmente musicales.

Por último y tras haberse generalizado en un primer momento el disfrute y acceso masivo a todo tipo de obras fijadas en soportes ópticos, en una segunda fase de la década de los noventa, la lógica y hasta cierto punto previsible optimización de la tecnología involucrada en el proceso hizo posible el comprimir obras musicales y cinematográficas completas hasta extremos inimaginables unos pocos años antes, lo cual marcaría un tercer punto de inflexión en nuestra descripción de impacto de la Revolución Digital y la Sociedad de la Información en la industria cultural y del entretenimiento.

---

[18] Véase J. ABBATE, *Inventing the Internet*, *op. cit.*, pág. 43 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

De este modo, en 1997 y gracias al desarrollo del formato de archivo *MPEG-1 Audio Layer 3* (MP3)[19], fue posible comprimir los 50 *megabytes* (MB) de espacio que ocupaba una canción de aproximadamente tres minutos de duración en un CD, en poco más de 3 MB de espacio[20], aplicando una ratio de comprensión de orden 12:1 y con una pérdida de calidad en la escucha sólo detectable en equipos de alta fidelidad. De este modo, un *Compact Disc Recordable* (CD-R) con una capacidad media aproximada de 700 MB de datos podía ya albergar hasta 230 canciones en formato MP3, esto es, más de 11 horas de música y más de 10 veces la capacidad de un CD de audio normal.

Gracias a esta y a otras nuevas técnicas de compresión, los archivos digitales de obras protegidas, en un primer momento fundamentalmente musicales, pasaron en poco tiempo a ocupar tan sólo una décima parte del espacio que anteriormente requerían en cualquier soporte de esta naturaleza. Desde un punto de vista práctico, copiar el contenido de un CD de audio en nuestros ordenadores personales o hacer todas las copias de este que quisiésemos se convirtió en un proceso simple que no requería más que el uso del *hardware* ya disponible en nuestro equipo y la instalación de determinado *software* especifico de sencilla y, a menuda, gratuita adquisición a través de Internet.

---

[19] Sobre la irrupción de este formato y las implicaciones jurídicas derivadas desde la perspectiva del derecho de autor, véase, por ejemplo, M. CAREY AND D. WALL, «MP3; The beat bytes back», INTERNATIONAL REVIEW OF LAW, COMPUTERS & TECHNOLOGY, volumen 15, número 1 (2001), pág. 35 y ss.; M. ANESTOPOULOU, «Challenging intellectual property law in the Internet: An overview of the legal implications of the MP3 technology», INFORMATION & COMMUNICATIONS TECHNOLOGY LAW, volumen 10, número 3 (2001), pág. 319 y ss.; P. VERAVANICH, «Rio Grande: the MP3 showdown at highnoon in cyberspace», FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, volumen 9, número 2 (2000), pág. 433 y ss.; y B. M. SCHULMAN, «The song heard 'round the world: the copyright implications of MP3s and the future of digital music», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 12, número 3 (1999), pág. 589 y ss.

[20] P. J. ALEXANDER, «Peer-to-Peer file sharing…», *op. cit.*, pág. 153; y B. LEUF, *Peer to Peer; Collaborating and sharing over the Internet*. Indianapolis, Addison–Wesley, 2002, pág. 9.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En cuanto a la industria cinematográfica, la estandarización del disco digital de video (DVD) como formato de referencia[21] para la comercialización de contenidos y el desarrollo de especificaciones como el *codec* Xvid,[22] permitieron posteriormente aplicar a la obra audiovisual procesos técnicos de comprensión similares a los vistos con relación a las obras musicales. De este modo y operando con altísimas ratios, los 4.7 *gigabytes* (GB) de contenido medio de un DVD —aproximadamente 4.812 MB—, pronto pudieron ser comprimidos en unos 700 MB, esto es, la capacidad de un CD-R estándar, hasta llegar, hoy en día, a ser posible reducir los 25 GB de capacidad mínima de un *Blu-ray*, la última generación de disco óptico de alta definición[23], a los 4.7 GB de un DVD medio.

En la actualidad, el continuo desarrollo de innovadoras técnicas y procesos ha hecho realidad que podamos copiar el contenido de cualquier disco óptico en nuestros ordenadores personales y hacer del mismo todas las reproducciones que deseemos, con total independencia del tamaño digital de la obra, ha convertido este proceso en algo tan sencillo y común como fue, veinte años atrás, el copiado de cedés musicales. La mejora de la infraestructura física de Internet, el desarrollo de las conexiones inalámbricas, el aumento de la capacidad y velocidad de transmisión de las redes de telecomunicaciones, y el imparable proceso de mejora de los equipos informáticos, simplemente han venido aumentando exponencialmente el impacto y calado de los efectos de este conjunto de primeras consecuencias de la Revolución Digital y la Sociedad de la Información en la industria cultural y del entretenimiento.

---

21 *Vid.* S. E. SCHOENHERR, *Recording technology history*, *op. cit.*, capítulo 14, *topic* "DVD".

22 Surgido como parte de un proyecto de *software* libre y distribuido gratuitamente a través de Internet, el Xvid es un *codec* de video de tipo MPEG-4 derivado del exitoso DivX, y posiblemente el más popular y utilizado en la actualidad. Más información en <*http://www.xvid.org*>

23 Véase <*http://www.blu-raydisc.com*>, página web de *The Blu-ray Disc Association*, agrupación formada por las compañías responsables del desarrollo de esta tecnología y sus formatos asociados.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.3. LOS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN EN RED Y LAS REDES P2P.

Una red es un grupo de dispositivos de comunicación conectados entre sí, tales como computadoras o impresoras[24]. Una red de redes está formada por dos o más redes generalmente de distinto tamaño y alcance[25] que, usando el mismo lenguaje informático, se pueden comunicar entre sí a través de unos dispositivos denominados *routers*[26]. Una red de redes recibe el nombre de *internetwork* o *internet* (siempre con "i" minúscula), siendo Internet la denominación específica de la red de redes más notable, la cual interconecta cientos de miles de redes a lo largo de los cinco continentes para poner en comunicación a millones de usuarios[27].

Atendiendo a su diseño podemos encontrar diversos tipos de redes, aunque la clasificación básica más extendida parte de la distinción hecha en 1964 por BARAN entre centralizadas, descentralizadas y distribuidas[28]. Conforme a la topología representada en el gráfico que incluímos a continuación, las redes centralizadas se caracterizan por la existencia de un único punto central al cual se conectan el resto de los nodos de la red, de tal modo que toda comunicación entre los dispositivos situados en los extremos tiene que pasar necesariamente por dicho servidor o nodo central. Por su parte las denominadas redes descentralizadas del segundo modelo cuentan con un conjunto de nodos a los cuales se conectan el resto de los que forman la red, dejando de confiar así toda la seguridad de la

---

[24] B. A. FOROUZAN, *Data communications and networking*, 4th edition. New York, McGraw-Hill, 2007, pág. 17; y C. ZACKER, *Networking: The Complete Reference*. Berkeley, Osborne – McGraw-Hill, 2001, pág. 4.

[25] Tales como las *local area networks* (LAN), las *metropolitan area networks* (MAN) y las *wide area networks* (WAN). *Vid.* B. A. FOROUZAN, *Introduction to data communications and networking*. New York, McGraw-Hill, 1998, págs. 26 a 28.

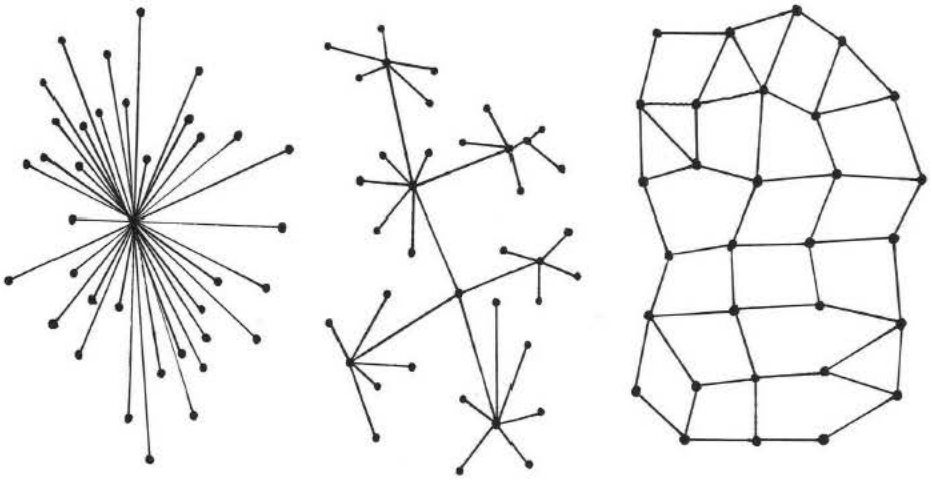
[26] D. E. COMER, *Internetworking with TCP/IP; Volume I: Principles, protocols and architecture*, 3rd edition. New Jersey, Prentice Hall, 1995, págs. 52 y 53; y A. FARREL, *Internet and its protocols; A comparative approach*. San Francisco, Morgan Kaufmann – Elsevier, 2004, págs. 115 a 248.

[27] Véase, en general, M. CASTELLS, *The Internet galaxy; Reflections on the Internet, business and society*. New York, Oxford University Press, 2001.

[28] P. BARAN, *On distributed communications: I.- Introduction to distributed communications networks*, Memorandum RM-3420-PB. Santa Monica, The RAND Corporation, 1964, pág. 2. Sobre la importancia del trabajo de BARAN en el diseño de ARPANET, precedente de Internet, véase K. HAFNER AND M. LYON, *Where wizards stay up late; The origins of the Internet*, *op. cit.*, págs. 52 a 64.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

red a la estabilidad de un único punto central. Los nodos se organizan jerárquicamente, distribuyéndose la información dentro de los diversos grupos mediante la intervención de un nodo específico que realiza la función de coordinador. Finalmente, el tercer tipo se conoce como modelo distribuido y carece de cualquier sistema de coordinación centralizada, estableciéndose en las redes distribuidas la comunicación directamente entre los dispositivos participantes, sin mediación de nodos coordinadores o de un servidor central[29].



Red centralizada Red descentralizada Red distribuida

El concepto teórico de redes *peer-to-peer* (P2P)[30] deriva de la última de las categorías sistematizadas por BARAN en 1964. La denominación hace referencia a la idea según la cual, en una red dada de iguales o pares (*peers*), haciendo éstos uso de la información y los sistemas de comunicación adecuados, dos o más pares estarán en condiciones de colaborar espontáneamente entre ellos sin necesidad

---

[29] Véase, sobre este tipo de red, en general, M. SLOMAN AND J. KRAMER, *Distributed systems and computer networks*. New Jersey, Prentice-Hall, 1987; G. COULOURIS, J. DOLLIMORE AND T. KINDBERG, *Distributed systems; Concepts and design*, 4th edition. Harlow, Addison-Wesley, 2005; y A. S. TANENBAUM AND M. VAN STEEN, *Distributed systems: Principles and paradigms*, 2nd edition. New Jersey, Prentice-Hall, 2007.

[30] Refiriéndose el término *peer-to-peer* a una «*class of systems and applications that employ distributed resources to perform a function in a decentralized manner.*». D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*. HPL-2002-57 (R.1). HP Laboratories, Palo Alto, 2003, pág. 1.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de ningún tipo de coordinación centralizada[31]. Esta comunicación directa de par a par (*peer-to-peer*) es la que da origen al concepto de redes P2P.

En la actualidad, las redes informáticas de comunicaciones son generalmente clasificadas en centralizadas o distribuidas[32]. Los sistemas distribuidos se dividen a su vez entre aquellos que siguen el modelo cliente/servidor y los que siguen el modelo P2P[33]. Por su parte, los sistemas que siguen el modelo de diseño P2P pueden ser de tipo puro o de tipo híbrido. El primer término hace referencia a un entorno P2P donde todos los dispositivos son jerárquicamente iguales y no hay un sistema que controle, coordine o facilite los intercambios de información entre pares, mientras que el segundo se refiere a un entorno que precisa cierto grado de coordinación para el desarrollo de sus funciones de comunicación, bien mediante la participación de determinados nodos, bien a través de un servidor central[34].

Dada la ausencia de una definición técnica generalmente aceptada[35] y a los efectos del presente trabajo, entiendo una red P2P como una red de comunicación en la que el intercambio de información y recursos entre sus diversos puntos se produce en términos de paridad, de manera autónoma y sin la intervención de un sistema centralizado o jerarquizado que coordine dichas relaciones. La noción de red P2P está en el origen y espíritu de la propia Internet, siendo ésta una de las primeras manifestaciones de este tipo de redes de comunicaciones al haber sido concebida originariamente Internet como un sistema P2P, pues el objetivo original de ARPANET, su predecesora inmediata, era compartir recursos de computación integrando diferentes tipos de redes ya existentes en un diseño de red

---

31 D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005, pág. 2.

32 D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 6 y 7.

33 En el siguiente apartado ahondaremos en la explicación y diferencias entre uno y otro modelo.

34 D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing: Technologies for sharing and collaborating on the Net*. Hillsboro, Intel Press, 2002, págs. 15 y 16.

35 Para un compendio de las principales definiciones esbozadas hasta el momento, véase I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *From P2P and grids to services on the Web; Evolving distributed communities*. London, Springer-Verlag, 2009, págs. 110 a 113.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

común que permitiese que cada participante pudiera gozar de una situación de igualdad en relación al resto de participantes[36].

No entraremos a analizar las variaciones clasificatorias desarrolladas a partir de esta ordenación básica[37] ni el posible análisis técnico de las redes P2P desde otras perspectivas[38], pero sí debemos detenernos en describir, al menos someramente, tres realidades concretas que subyacen dentro del concepto de red P2P.

1.4. ESTRUCTURACIÓN Y DESGLOSE CONCEPTUAL DE LAS REDES P2P.

De acuerdo con los trabajos de BARKAI, por un lado, y con los de SCHODER, FISCHBACH y SCHMITT[39], por otro, si tomamos como referencia la infraestructura física de telecomunicaciones que empleamos para conectarnos a Internet —es decir, los ordenadores, redes, servidores y sistemas operativos que empleamos para conectarnos a ella—, es posible hablar de tres niveles o capas en relación con las redes P2P[40].

---

[36] I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *From P2P and grids to services on the Web, op. cit.*, pág. 108; N. MINAR AND M. HEDLUND, «A network of peers; Peer-to-Peer models through the History of the Internet», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001, pág. 4; y D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, pág. 3.

[37] Entre ellas las propuestas por M. A. CARRIER, *Innovation for the 21st century: Harnessing the power of intellectual property and antitrust law*. Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 114 y 115; G. BRINKEL, *Filesharing*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, págs. 27 a 37; B. LEUF, *op. cit.*, págs. 40 a 47; o Q. LV ET AL, «Search and replication in unstructured peer-to-peer networks», Proceedings of the 16th International Conference of Supercomputing. Linköping, Sweden, 2002.

[38] Como el de su topología, en relación con este aspecto, véase R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*. Indianapolis, Sam Publishing, 2003, págs. 23 a 26, y C. H. DING, S. NUTANONG Y R. BUYYA, «Peer-to-Peer networks for content sharing», en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*, *op. cit.*, págs. 29 a 35.

[39] D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 55 a 57; y D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, págs. 3 a 20.

[40] Clasificación que desarrollan estos autores siguiendo un esquema de capas como el del modelo de red descriptivo creado por la Organización Internacional para la Estandarización en 1984 o modelo de referencia de interconexión de sistemas abiertos (*Open Systems Interconnection* u OSI). *Vid.* H. ZIMMERMANN, «OSI reference model — The ISO

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.4.1. La infraestructura P2P.

En un primer estrato, tenemos lo que se conoce como la infraestructura P2P, la cual engloba aquellos mecanismos que permiten la comunicación entre los componentes de la infraestructura física de telecomunicaciones existente y las aplicaciones y programas P2P que van a ser utilizadas por los usuarios a través de la red. A menudo denominada *middleware*, esta infraestructura se compone de diversos protocolos y *Application Program Interfaces* (o APIs) que, al hacer de intermediarios entre nuestro sistema operativo y la específica aplicación que vayamos a usar en un entorno de red[41], garantizan la interoperabilidad entre ambos y la seguridad de su funcionamiento[42], al mismo tiempo que facilitan la localización y comunicación entre pares y gestionan diversos procesos de seguridad tales como la autorización o la autenticación.

1.4.2. Programas o aplicaciones P2P.

En un segundo nivel, tenemos el *software* que usan los servicios de la infraestructura P2P con las más diversas finalidades y que, aparte de para el intercambio de archivos, son desarrollados en otras grandes áreas y ámbitos como el de la computación distribuida, el de los sistemas de colaboración entre usuarios, y el de las plataformas P2P[43], sobre los cuales también resulta imprescindible realizar a continuación unos mínimos comentarios.

1.4.2.1. Computación distribuida.

La computación distribuida se caracteriza por el empleo de varios ordenadores para llevar a cabo operaciones o tareas que, en condiciones normales, un único computador no sería capaz de

---

model of architecture for open systems Interconnection», IEEE TRANSACTIONS ON COMMUNICATIONS, volumen 28, número 4 (1980), pág. 425 y ss.

[41] D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 55. Respecto del *middleware*, véase la parte II.

[42] D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, págs. 5 a 7.

[43] D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 77 a 127; y D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 20 a 25.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

realizar, bien porque no podría manejar el volumen de información necesario para ello, bien porque precisaría un período demasiado extenso de tiempo.

De este modo, conectados unos con otros a través de una red de telecomunicaciones y compartiendo recursos de todo tipo, cientos o miles de ordenadores ordinarios dan lugar a una supercomputadora capaz de resolver problemas de gran complejidad repartiendo los cálculos y procesos necesarios para ello entre los cientos o miles de equipos informáticos que lo forman[44].

Uno de los ejemplos más conocidos de aplicación en este campo de la tecnología P2P es SETI (*Search for Extraterrestrial Intelligence*)[45], un proyecto científico dedicado a la búsqueda de señales de radio extraterrestres que, desde 1999, emplea los recursos informáticos de miles de ordenadores personales de particulares conectados a través de Internet[46]. Mediante la instalación de un cliente P2P cada ordenador se dedica a realizar complejos cálculos matemáticos y procesar información durante las horas en que dicho terminal no está siendo utilizado. Una vez completada la tarea, envía los resultados a uno de los servidores del proyecto y recibe otra nueva tarea. SETI@home está auspiciado por la Universidad de California – Berkeley y percibe fondos, entre otras, de la misma NASA.

En 2004 SETI era capaz de procesar datos un 75% más rápido de lo que lo hacía el IBM Blue Gene/L, el supercomputador más rápido del mundo[47], y, en 2011, había cerca de seis millones de usuarios de 226 países que se encontraban participando en el mismo[48], lo cual da idea tanto de la dimensión como de las posibilidades del proyecto. Otros ejemplos de uso de la tecnología P2P en el ámbito de la

---

44 La aplicación del proceso va más allá del ámbito de la investigación científica y ha sido empleado también en el mundo de las finanzas y dado lugar a propuestas comerciales de *metacomputing* para empresas como Avaki. Véase D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 22 y 25 a 27.

45 *<http://setiathome.berkeley.edu/>*

46 Véase D. ANDERSON, «SETI@home», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 67 a 76; y D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 27 a 29.

47 Y. BENKLER, *The wealth of networks*, *op. cit.*, págs. 81 y 82.

48 E. J. KORPELA ET AL, «Status of the UC-Berkeley SETI efforts». SPIE Conf. 8152, San Diego, CA, Aug 25, 2011. Accesible a través de la URL: *<http://setiathome.berkeley.edu/sah_papers/status_of_ucb_seti_efforts_2011.pdf>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

computación distribuida son Folding@home, proyecto de la Universidad de Stanford dedicado a la realización masiva de simulaciones de procesamiento de proteínas, y FightAIDS@home, que realiza simulaciones biomédicas diversas a fín de ayudar a prevenir o curar la ausencia de respuesta inmunitaria que produce el virus VIH[49].

1.4.2.2. Sistemas de colaboración entre usuarios.

La tecnología P2P ofrece también una respuesta muy acertada a las necesidades de aquellos grupos de usuarios que, interconectados mediante una red de telecomunicaciones, participan en una determinada actividad común. En el ámbito de los sistemas de colaboración entre usuarios el modelo P2P permite la agil transmisión de novedades o variaciones en el estatus de los participantes al resto de miembros del grupo a través de lo que se conocen como aplicaciones de "colaboración" y que, dada la disparidad de tareas que pueden realizarse a través de Internet, da lugar a una amplia gama de aplicaciones[50].

Por citar algunos ejemplos de este segundo tipo de uso de la tecnología P2P, podemos mencionar, en el ámbito de la mensajería instantánea —sistemas que difieren del *e-mail* en que cuentan con un servicio inmediato de entrega, mientras que en aquel el mensaje es almacenado y entregado en cuanto el usuario se conecta a un servidor de correo electrónico—, a IRC (*Internet Relay Chat*), AIM (*AOL Instant Messenger*) y Jabber, tres de los programas basados en el modelo P2P[51] más conocidos. Skype, por su parte, lo es en el de la telefonía[52]; Veetle, en el campo de las retransmisiones de televisión[53]

---

[49] Y. BENKLER, *The wealth of networks*, *op. cit.*, págs. 82 y 83. Véase <*http://folding.stanford.edu*> y <*http://fightaidsathome.scripps.edu*>

[50] D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 24.

[51] Véase R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, págs. 61 a 68 ; B. LEUF, *Peer to Peer*, *op. cit.*, págs. 139 a 188 y J. MILLER, «Jabber; Conversational technologies», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 77 a 88.

[52] Véase J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking; A top-down approach*, 5th edition. Boston, Pearson – Addison Wesley, 2010, págs. 184 y 185; y <*http://www.skype.com*>

[53] Al contrario que otras tecnologías y por las razones que explicaremos en el apartado siguiente, en el modelo P2P un aumento del número de usuarios conectados a un canal

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y Cirrus en el de la transmisión de contenidos para dispositivos móviles como *smartphones* y *tablets*[54].

1.4.2.3. Plataformas P2P.

Por plataformas P2P se ha venido entendiendo tradicionalmente aquellos espacios que, haciendo uso de esta tecnología, sirven de base para un determinado conjunto de aplicaciones o usuarios conectados a Internet o a una red específica de comunicaciones[55]. Las plataformas permiten el trabajo en áreas comunes, incrementando la productividad y permitiendo que equipos en diferentes áreas geográficas trabajen juntos, reduciéndose, por una parte, el tráfico de la red, al disminuir el número de correos electrónicos que se intercambian los distintos equipos, y, por otro lado, abaratándose los costes de almacenamiento de proyectos e información. JXTA, .NET My Services y Microsoft Groove son tres de los ejemplos más conocidos de plataformas P2P[56].

Desde un punto de vista formal y a la hora de analizar la actividad del intercambio de archivos a través de redes P2P, soy partidario de no emplear el término "plataforma" como equivalente o sinónimo de "sistema" o "aplicación"[57], pues hacen referencia a realidades distintas. Como veremos en apartados posteriores de este trabajo, los programas Napster y eDonkey, por ejemplo, son aplicaciones, mientras que el conjunto de estos dos programas junto con sus

---

supone una mejora en la recepción del programa, con menos interrupciones y una transmisión más fluida.

54 Adobe ha adoptado el modelo P2P como un elemento crucial en el desarrollo de Flash Video, uno de los formatos más populares para transmitir video en Internet, permitiendo que, a través de Cirrus, los términales que utilicen el *software* Flash Player puedan conectarse entre sí para facilitar la recepción de la información a la que se quiere acceder. Consúltense las URLs *<http://labs.adobe.com/technologies/cirrus/>* y *<http://labs.adobe.com/wiki/index.php/Cirrus:FAQ>*

55 Véase D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 25.

56 *Videre* R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, págs. 73 a 76 ; D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 29 a 31 y 37 a 42; B. LEUF, *Peer to Peer*, *op. cit.*, págs. 289 a 305; y D. MOORE AND J. HEBELER, *Peer-to-Peer; Building secure, scalable and manageable networks*. Berkeley, Osborne – McGraw Hill, 2002, págs. 201 a 214; D. BARKAI, *op. cit.*, págs. 105 a 109.

57 Como entiendo que hace R. SÁNCHEZ ARISTI, en *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

respectivos protocolos y redes pueden ser denominados, en conjunto, como sistemas. Soy por ello contrario al uso del término plataforma P2P que ha hecho una parte de nuestra doctrina[58] y prefiero reservarlo exclusivamente para identificar los espacios indicados en el párrafo anterior, tal y como se viene haciendo generalmente en el ámbito técnico-informático, pese a que, merced a la relevancia que ha ido adquiriendo la economía de la información en red en los últimos tiempos, es cierto que el término se ha comenzado a utilizar recientemente para identificar también aquellas páginas web y aplicaciones para dispositivos móviles de naturaleza colaborativa como BlaBlaCar, que permiten el intercambio comercial de bienes y servicios entre sus usuarios[59].

1.4.3. Las comunidades P2P.

Por último y ya desde una óptica sociológica, puede hablarse de la existencia de un tercer nivel o capa en relación con las redes P2P que se encuentra constituido por las denominadas comunidades P2P. Se trata de asociaciones virtuales que usan las aplicaciones P2P como plataformas de comunicación e interactuación con el objetivo de facilitar la colaboración y coordinación de grupos de trabajo o de individuos con intereses afines[60]. Lejos de mantenerse ajenas al proceso de toma de decisiones susceptibles de afectar a sus intereses, estas comunidades van poco a poco materializándose socialmente.

Un ejemplo interesante fue la constitución en 2006 del Partido Pirata sueco y la reproducción de su esquema y propuesta política en más de cuarenta países, entre ellos España, alcanzando sus miembros representación tanto en parlamentos nacionales como el alemán, así como en el Parlamento Europeo, para defender un ideario que incluye,

---

58 Véase D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 25.

59 Véase, por ejemplo, EUROPEAN COMISSION, *Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets*. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 12 de junio de 2017. Disponible en: *<http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704>*

60 D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 239 y ss.; y D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, págs. 15 a 18. Sobre comunidades virtuales, en general, *vid.* A. SMITH AND P. KOLLOCK (eds), *Communities in cyberspace*. London, Routledge, 1999, y M. CASTELLS, *The Internet Galaxy*, *op. cit.*, pág. 116 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entre otros, la despenalización del intercambio de bienes culturales y el rechazo a la remuneración compensatoria por copia privada[61]. En nuestro país es resaltable la cadena de reacciones de rechazo a las medidas de reforma normativa en materia de propiedad intelectual contempladas en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y su engarce con las disposiciones con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que dio lugar a la convocatoria por parte del Ministerio de Cultura entre la ministra y un grupo heterodoxo de "blogueros", periodistas, empresarios y profesores universitarios a finales de 2009.

En conclusión, la noción de red P2P alberga en su seno tres realidades diferentes y entrelazadas de manera compleja. Cualquier intento de resolver el problema del intercambio de archivos a través de redes P2P requiere necesariamente una aproximación multidisciplinar que las tenga en cuenta y, yendo más allá de la simple infraestructura física que hace posible dichos actos, sepa analizar la lógica del diseño y principios de funcionamiento de las aplicaciones P2P y, por último, las razones y motivos de quienes hacen uso de las mismas.

1.5. EJEMPLOS RELEVANTES DEL EMPLEO DEL MODELO P2P EN DIFERENTES ÁMBITOS.

Una vez realizada la debida conceptualización formal de las redes P2P en los puntos anteriores, pasaremos ahora a describir brevemente dos de las aplicaciones prácticas que particularmente entiendo como de cierta relevancia y que servirán para ilustrar la importancia del modelo P2P y las posibilidades que este tipo de redes de comunicaciones ofrecen.

1.5.1. El modelo P2P como alternativa al modelo cliente/servidor en el campo de la arquitectura de aplicaciones informáticas.

Pese a haber sido acuñado dentro del contexto de los sistemas distribuidos, el término red P2P comenzó a ser usado a mediados de los ochenta por empresas dedicadas al desarrollo de redes LAN (*local*

61 Véase <*http://www.partidopirata.es*> y <*http://www.pp-international.net*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

area networks) para describir su diseño de conectividad[62], lo cual provocó una generalización del concepto. Con el paso del tiempo, el mismo se ha venido utilizando también para identificar un determinado tipo de arquitectura de aplicaciones[63] diseñadas para ser usadas en red[64].

Gran parte de los recursos que se hallan en Internet están disponibles a través de la *World Wide Web*[65], generalmente mediante sitios web compuestos por páginas de información, las cuales pueden contener texto, gráficos, animaciones, audio, video e hipervínculos, siendo necesario el empleo de una aplicación informática denominada navegador para disfrutar de ellos. Cuando, por ejemplo, para acceder a la información existente en una página web, introducimos el correspondiente *localizador uniforme de recursos*[66] en la barra de direcciones de nuestro navegador, desde un punto de vista técnico, lo que se produce es una solicitud o pedido desde dicha aplicación a un *servidor* web —que es quien recibe dicha petición y suministra los

---

62 B. LEUF, *Peer to Peer*, *op. cit.*, pág. 5; y M. PAPADOPOLI AND H. SCHULZRINNE, *Peer-to-Peer Computing for Mobile Networks Information Discovery and Dissemination*. New York, Springer, 2009, pág. 8.

63 A lo largo de este trabajo usaremos indistintamente los términos "aplicación", "cliente" o *software* como sinónimos de programa de ordenador.

64 J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking*, *op. cit.*, pág. 112.

65 Como hemos avanzado ya, Internet es la red de redes sobre la que se constituye la *World Wide Web*, que puede ser definido como un sistema de intercambio de información visualizable a traves de la pantalla del computador, también conocido como "hipertexto".

66 Los localizadores de recursos uniformes —inicialmente denominados URL (*Uniform Resource Locator*) y, hoy en día, URI (*Uniform Resource Identifier*)— son secuencias únicas de caracteres que se usan para nombrar e identificar la información disponible en Internet, de acuerdo con la siguiente fórmula: protocolo://nombre DNS/nombre del archivo. El protocolo indica el lenguaje informático requerido para acceder a la información del enlace —http; ftp, etc—, el nombre DNS (*Domain Name System*) refleja la denominación del nombre dominio asociado a la dirección IP (*Internet Protocol*) donde se encuentra el recurso —la dirección IP 193.5.93.80, por ejemplo, se corresponde con el dominio <*wipo.int*>—, y el nombre del archivo singulariza el mismo respecto de otros contenidos alojados en ese dominio —de este modo, la URL <*http://www.wipo.int/index.html*> lleva a la página principal del sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual—. Véase A. S. TANENBAUM, *Modern Operating Systems*, 3rd edition. New Jersey, Pearson, 2009, pág. 588; y T. BERNERS-LEE, *Weaving the Web*, *op. cit*, págs. 36 a 46.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

datos solicitados—, de acuerdo con un modelo que se conoce como *cliente/servidor*[67].

El modelo cliente/servidor de diseño de aplicaciones se caracteriza porque el servidor controla y gestiona desde un único punto las relaciones que los usuarios o *clientes* tienen con los recursos, lo cual aporta diversas ventajas en cuanto al funcionamiento, administración y gestión de una red, entre ellas la administración centralizada y la monitorización del uso y localización de la información disponible[68]. El cliente "pide" y el servidor "atiende" pero, además, controla las peticiones. Compañías como Google, Amazon, e-Bay, MySpace, Facebook o YouTube han optado por este modelo y cuentan en la actualidad con una poderosa infraestructura de servidores que les permite atender casi ininterrumpidamente las necesidades y peticiones de millones de usuarios *online*[69].

Ahora bien, el modelo cliente/servidor no es el único existente. La otra gran alternativa es el modelo P2P[70], el cual se caracteriza por una mínima o nula dependencia de una infraestructura de servidores en constante funcionamiento, reduciendo el peligro de saturación de estos y acelerando el suministro de datos a los otrora clientes mediante la explotación de la comunicación directa entre usuarios de la aplicación, evitando pasar por un servidor determinado[71].

De este modo, los usuarios de una aplicación diseñada conforme al modelo P2P tienen la posibilidad de proporcionar y solicitar información de manera autónoma, más allá del mero rol unidireccional que se les asigna en el modelo cliente/servidor. Así, cualquier usuario puede facilitar un determinado servicio o información o encontrar a otro usuario que pueda conseguir los datos o proporcionar el servicio requerido, pasando a ser considerado cliente o servidor dependiendo del papel que en ese momento esté

---

67 A. S. TANENBAUM, *Computer Networks*, 4th edition. New Jersey, Prenctice Hall, 2003, pág. 4; W. STALLINGS, *Data and computer communications*, 8th edition. New Jersey, Pearson – Prentice Hall, 2009, pág. 784; y R. ORFALI, D. HARKEY AND J. EDWARDS, *The Essential Client/Server Survival Guide*, 2nd edition. New York, John Wiley & Sons Inc., 1996, págs. 11 y 12.

68 R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, pág. 21.

69 J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking*, *op. cit.*, pág. 114.

70 D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 3.

71 J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking*, *op. cit.*, pág. 114.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

desempeñando[72]. El antiguo cliente del modelo anterior pasa por tanto en el modelo P2P a disfrutar alternativamente de las funcionalidades propias de servidor y cliente en virtud de sus necesidades, característica que le ha valido la denominación oficiosa de *servent*[73]. Nótese el cambio en el rol de quien participa en este modelo, hasta filosófico si se quiere: de simplemente pedir y esperar a ser atendido, pasa ahora a dar y recibir, colaborando con el intercambio de información que tiene lugar en la red de la que forma parte[74].

La posibilidad de funcionar alternativamente como servidor y cliente en el modelo P2P es de gran relevancia pues, en situaciones en las que el volumen de peticiones aumenta significativamente, la sobrecarga de la red es menor a la que potencialmente podría darse en el modelo cliente/servidor, dado que el suministro de información no depende de un único punto sino que se reparte entre varios, pudiendo el resto de usuarios de la aplicación actuar como servidores y colaborar en transmitir la información solicitada.

Sin embargo, esto no es todo, pues, por otro lado, en una red P2P los pares colaboran e intercambian no sólo información sino también recursos, lo cual incluye el ancho de banda, la capacidad de almacenamiento y los ciclos de procesamiento, por lo que se obtienen importantes reducciones de tiempo y costes en comparación con el modelo cliente/servidor[75]. Esta es la razón por la que, al poco de conocerse sus bondades, un número importante de proveedores de servicios de Internet como MSN o Yahoo! mostraron muy tempranamente interés en las ventajas de emplear el diseño P2P en sus aplicaciones[76], produciéndose poco después un notable aumento de la

---

72 R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, pág. 21.

73 D. MOORE AND J. HEBELER, *Peer-to-Peer*, *op. cit.*, pág. 100; R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, pág. 8; y D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, pág. 3.

74 «*P2P is about sharing: giving to and obtaining from a peer community. A peer gives some resources and obtains other resources in return.* [It can be] *offering music to the rest of the community and getting other music in return* [or it can be about] *donating resources for a good cause, such as searching for extraterrestrial life or combating cancer, where the benefit is obtaining the satisfaction of helping others.*» D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 2. Entre corchetes propio.

75 D. MOORE AND J. HEBELER, *Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 9 y 10.

76 J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking*, *op. cit.*, pág. 115.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aplicación de este modelo a nuevos nichos de negocio *online* como el de los servicios de telefonía o voz sobre IP[77] (como es el caso de, por ejemplo, Skype), el de la provisión de contenidos audiovisuales y musicales a la carta (como los proporcionados por Netflix y Spotify, entre otros) o televisión en directo (PPLive).

Los beneficios del modelo P2P son tantos como los argumentos que se han apuntado en favor de la aplicación generalizada del mismo en detrimento del modelo cliente/servidor en el diseño de programas y aplicaciones informáticas[78]. En primer lugar, su alto nivel de descentralización, el cual (a) favorece la eliminación de puntos débiles en las redes de comunicaciones; (b) permite mantener una óptima capacidad de respuesta ante el aumento del volumen de peticiones de información o el volumen de dicha información, sin ralentizar el flujo de su distribución ni provocar cuellos de botella en la red, cualidad denominada "escalabilidad" (*scalability*)[79]; (c) permite la distribución efectiva de la información a aquellos lugares donde realmente se

---

77 El protocolo de Internet o IP (*Internet Protocol*) es el protocolo de comunicaciones que subyace a Internet. El IP permite que grandes redes de computadoras geográficamente dispersas se comuniquen entre sí en forma rápida y económica a través de una serie de enlaces físicos. Una dirección de protocolo de Internet es la dirección numérica mediante la cual se identifica una ubicación en Internet, así, como adelantamos en la nota 60, la dirección IP 193.5.93.80 se corresponde con el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual localizado en <*http://www.wipo.int*>. Las computadoras en Internet utilizan las direcciones IP para enviar tráfico y establecer conexiones entre sí. Cuando los usuarios tecleamos lo que se conoce popularmente como una *dirección de Internet* en nuestro navegador —esto es, el localizador de recursos uniforme correspondiente—, los servidores del nombre de dominio incluido en ella lo identifican y "traducen" a una dirección IP que permita al computador llegar al contenido que estamos buscando. Véase ICANN, *Glosario*, <*https://www.icann.org/resources/pages/glossary-bc-2014-02-04-es*>

78 R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*, *op. cit.*, págs. 11 a 14.

79 «*Scalability is best described by the distributed systems principle —a system is scalable if "the amount of work required of any particular component must not be an increasing function of the number of nodes in the system."*». D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, pág. 308. La mejora de la escalabilidad es uno de los retos a los que se tienen que enfrentar los diseñadores de aplicaciones informáticas de este tipo. El concepto se encuentra íntimamente relacionado con el de *reliability*, pudiendo entenderse este como, en general, la resistencia de una red a fallos y desconexiones en relación la disponibilidad de los recursos existentes. El desarrollo y aplicación de nuevos algoritmos de búsqueda ha sido la herramienta empleada para mejorar ambas cuestiones. Véase D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 9 a 13, y para un análisis de la escalabilidad en las redes P2P, I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *From P2P and grids to services on the Web*, *op. cit.*, pág. 197 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

necesita, disminuyendo el tiempo de respuesta para cada petición al no tener que ser atendidas desde un punto central de administración; y finalmente, (d) incrementa el valor de la red al permitir flujos simétricos de recursos entre los puntos de la red y evita la creación de silos de información aislados que a menudo almacenan datos no actualizados, incorrectos o simplemente redundantes.

En segundo lugar, su reducido coste y efectiva localización de recursos, pues mientras que el modelo cliente/servidor requiere fuertes inversiones en *software* y *hardware*, un sinfín de sistemas de almacenamiento y el mantenimiento de todo el sistema, el modelo P2P incrementa la utilización de tres valiosos recursos tecnológicos específicos: la capacidad de almacenamiento, el ancho de banda y los recursos de computación.

En tercer lugar, su alta adaptabilidad al creciente mercado de artículos de consumo que requieren de interconexión con otros dispositivos tales como *tablets*, PDAs o *smartphones* sin necesidad de servidores que actúen de intermediarios. En cuarto lugar, el alto grado de autonomía que ofrece pues cada nodo participante puede determinar individualmente el número y cantidad de sus recursos que pone a disposición de la red[80].

El modelo P2P aporta, en definitiva, un número importante de ventajas, tanto para el usuario de los productos o servicios ofrecidos a través de una aplicación descentralizada que haya sido diseñada de acuerdo con el mismo, como para las empresas que comercializan éstos[81], lo cual explica su desarrollo y extensión en el ámbito de la arquitectura de aplicaciones.

1.5.2. El modelo P2P como sustrato de la tecnología blockchain.

La tecnología *blockchain* o de cadena de bloques se dio a conocer en 2008, a raíz de la publicación del artículo que pondría en marcha el desarrollo de Bitcoin, un novedoso sistema de pago electrónico que no

---

[80] D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», *op. cit.*, pág. 3.

[81] Tres son los mercados principales en los que el modelo P2P puede desarrollarse: el público, el empresarial y el personal. Sobre los mismos, *vid.* D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*, *op. cit.*, págs. 8 y 9.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

precisa de la intervención de terceros tradicionales, como son las instituciones financieras al uso[82] y que se ponía a disposición de todo el mundo bajo una licencia *pública* de código abierto[83]. La solución propuesta por Bitcoin, dentro de un escenario en el que no existe una entidad central que supervise, valide y confirme las transferencias monetarias realizadas entre los sujetos participantes, es hacer uso de una red P2P y configurar un sistema descentralizado en el cual todos los pares participantes comparten una contabilidad común, verificando, aprobando *por consenso* y registrando de manera *segura e inmutable*, gracias a la criptografía asimétrica[84], cada una de las operaciones que entre ellos tienen lugar. Cada transferencia se representa en esta red como un *bloque de información* que se encuentra perfectamente identificado, fechado y cifrado[85], y que además incluye referencias exactas a las transacciones y apuntes anteriores que han tenido lugar de manera que, partiendo del último bloque es posible revisar cronologícamente todas las operaciones anteriores, como si se tratase de eslabones de una misma *cadena*, hasta llegar a la primera de todas las realizadas entre los pares

---

82 Véase S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Documento disponible en varios idiomas a través de <*https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper*>

83 Disponible en <*https://opensource.org/licenses/mit-license.php*>. La medida, tal y como veremos a lo largo del Capítulo siguiente, es habitual en el campo del desarrollo de aplicaciones P2P y consiste en hacer accesible, de manera gratuita y sin las restricciones habituales de los derechos exclusivos de propiedad intelectual e industrial, el código fuente completo de dicho *software* para que toda la comunidad de usuarios, investigadores y empresarios interesados en el mismo pueda estudiarlo, identificar vulnerabilidades y desarrollar alternativas que, de algún modo, puedan contribuir a mejorar la solución tecnológica que esa concreta aplicación informática pretende articular.

84 En la cual se combinan claves públicas y privadas para crear anotaciones cifradas de gran robustez. Véase P. DE FILIPPI AND A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: the rule of code*. Cambridge, Harvard University Press, 2018. Págs. 14 a 16.

85 Esto tiene lugar mediante una serie de algoritmos matemáticos conocidos como función *hash*, que representan cada transferencia, cada operación de manera unívoca, facilitando enormemente su reconocimiento y búsqueda en la red. Volveremos a esta cuestión en el capítulo siguiente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

participantes[86]. De aquí que esta tecnología reciba el nombre de *blockchain* o cadena de bloques[87].

Como viene siendo habitual en cualquier red distribuida, los participantes en la red Bitcoin lo hacen en términos de igualdad, sin jerarquías formales, así que todos los nodos que forman parte de la misma pueden comunicarse libremente entre ellos, enviando y recibiendo simultáneamente información cifrada de manera idéntica a como hemos explicado que tiene lugar en la tecnología BitTorrent[88]. Esto permite que sus usuarios puedan validar por consenso todas las operaciones que tienen lugar en dicha red y mantener copias exactas de ese libro de contabilidad común —una base de datos accesible para todos ellos, generalmente mediante lo que se denominan *Distributed Hash Tables* (DHT)[89]—, posibilitándose que todos conozcan los movimientos, el debe y el haber de las respectivas cuentas de cada par de la red.

La razón y propósito de este diseño *transparente* es generar confianza entre los participantes. La confianza es un elemento de seguridad esencial para el éxito de cualquier sistema de pago electrónico, tanto más para los de naturaleza distribuida que, como hemos indicado, carecen de la supervisión de una autoridad externa de naturaleza financiera que, como consecuencia de su reputación en el mercado, irradie seguridad.

Dos elementos más configuran y actúan como cláusula de cierre de esta arquitectura, digámoslo así, de "fiabilidad". En primer lugar, el diseño distribuido propio de la misma red, que al carecer de un servidor o servicio central del que dependa es menos vulnerable a

---

[86] Cfr. A. M. ANTONOPOULOS, *Mastering Bitcoin; Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol, O'Reilly, 2015. Págs. 161 a 173.

[87] Para una explicación técnica más detallada de los elementos que la forman, véase J. MORALES BARROSO, «¿Qué es Blockchain?», en P. GARCÍA MEXÍA (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018. Págs. 43 a 51.

[88] En palabras de SWAN, Bitcoin combina la tecnología de transferencia de archivos de BitTorrent con la criptografía asimétrica para crear una nueva forma de divisa virtual. Cfr. M. SWAN, *Blockchain. Blueprint for a new economy*. Sebastopol, O'Reilly, 2015. Pág. 2.

[89] S. RAVAL, *Decentralized Applications; Harnessing Bitcoin's Blockchain Technology*. Sebastopol, O'Reilly, 2016. Págs. 6 y 7 y 17 a 19. Las DHT tienen también gran relevancia en el diseño de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos, papel que será examinado con mayor detalle en el próximo capítulo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fallos o a ataques susceptibles de poner en peligro tanto la integridad del sistema, como el control y titularidad de los fondos que se encuentran en circulación a través de la red. En segundo término, el reconocimiento y gratificación económica de aquellos que colaboren en la realización de las tareas necesarias o beneficiosas para el funcionamiento de la red —por ejemplo, participando en los procesos de cifrado de los bloques de información o informando de potenciales transacciones fraudulentas—[90].

Bitcoin es la primera y más relevante aplicación de la tecnología *blockchain*, pero no la única. Como indica FINCK[91], la tecnología de bloques es particularmente idónea para facilitar el seguimiento de transacciones financieras y bienes de todo tipo dentro del comercio internacional[92], pero el abanico de posibilidades que puede llegar a permitir es enorme: desde la optimización de la gestión del trabajo en grandes empresas y multinacionales, hasta habilitar mejoras en procesos de participación ciudadana de toma democrática de decisiones y resolución de conflictos, incluyendo entre ellas la celebración de procedimientos electorales[93]. Tal es su potencial pues

---

[90] A. M. ANTONOPOULOS, *Mastering Bitcoin*, *op. cit.*, págs. 139 a 141. Para una descripción técnica general, véase P. J. PONCE DE LEON, «Blockchain, un nuevo patrón tecnológico», en R. VILARROIG MOYA Y C. PASTOR SEMPERE (dirs.), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*. Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2018. Págs. 35 a 77.

[91] M. FINCK «Blockchains: Regulating the Unknown», GERMAN LAW JOURNAL, volumen 19, número 4 (2018), págs. 672 y 673.

[92] Como ejemplo pionero curioso puede citarse el lanzamiento en abril de 2019 por parte de Carrefour España del primer sistema de trazabilidad alimentaria para pescado fresco mediante la tecnología *blockchain*, el cual permite el seguimiento individualizado de los ejemplares de merluza "del pincho", capturada con artes tradicionales, posibilitando que "*el consumidor puede conocer información completa de cada uno de las merluzas que llegan a los centros de Carrefour ya que este producto se traza unidad a unidad. Así, por ejemplo, se puede saber qué barco realizó la captura, las coordenadas de la zona de pesca, las artes de pesca empleadas, la localización exacta de la lonja donde se ha desembarcado, cómo se ha acondicionado y cuándo se ha entregado a Carrefour.*" CARREFOUR. Departamento de Comunicación Externa. *Carrefour lanza el primer Blockchain de pescado fresco*. 30 de abril de 2019. Más información en la dirección de Internet: *<https://www.carrefour.es/_includes/multimedia/es/w18_np_merluza_blockchain_20190430_tcm5-51090.pdf>*

[93] Véase, en general, M. SWAN, *Blockchain*, *op. cit.*, págs. 27 a 52; y la segunda parte del libro de D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution; How the Technology behind Bitcoin is changing Money, Business and the World*. London, Portfolio /

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el funcionamiento del *blockchain* proporciona un entorno seguro y confiable para realizar transacciones económicas o celebrar *determinados* negocios jurídicos en el que, como sintetiza IBÁÑEZ JIMÉNEZ, además de ganarse en seguridad jurídica, se reducen los costes transaccionales y se facilita que la información relevante circule de manera segura y transparente entre todos los agentes económicos u operadores jurídicos involucrados[94].

Sin embargo, tal y como explica WERBACH[95], todas las ventajas derivadas del diseño descentralizado puro de aplicaciones *blockchain* como Bitcoin, su seguridad, su transparencia y resiliencia, tienen un "coste" que se manifiesta principalmente en términos de rendimiento técnico —pues cada operación debe ser previamente cifrada, verificada y aprobada por consenso de todos los participantes, lo cual requiere de muchos más recursos informáticos que la introducción de un simple apunte en una base de datos—, y en términos de aplicabilidad —ya que la transparencia total en relación a ciertas operaciones y participantes puede no ser aconsejable o bien entrar directamente en colisión con los usos contractuales y el marco normativo que rigiese en determinados ámbitos del mercado o industrias altamente reguladas—.

Por todo ello, cuando la sociedad en general y, más en concreto, el mundo empresarial comenzó a interesarse y a explorar las posibilidades que la tecnología *blockchain* ofrecía, el modelo *público* y completamente descentralizado de Bitcoin fue también objeto de una profunda revisión, dando lugar a alternativas que permitían, en mayor o menor grado, determinados niveles de control, posibilitando así que sólo determinados usuarios, cuya identidad hubiera sido previamente verificada y contasen con la debida autorización por parte de quien o quienes gestionan la red, pudiesen acceder a ella,

---

Penguin, 2016. Para un listado extenso de casos concretos a los que podría ser de aplicación la tecnología *blockchain*, *vid.* F. LLOPIS VAÑÓ, «Nuevos modelos de negocio en blockchain», en R. VILARROIG MOYA Y C. PASTOR SEMPERE (dirs.), *Blockchain*, *op. cit.*, págs. 256 a 258.

[94] J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Madrid, Dykinson, 2018. Pág 28.

[95] K. WERBACH, *The Blockchain and the new architecture of trust*. Cambridge, MIT Press, 2018. Págs. 58 a 63.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

participar en sus procesos y ver las transacciones realizadas en el seno de la misma. Así nacieron las redes *privadas* o completamente centralizadas y las redes *híbridas* o parcialmente centralizadas, conocidas en su conjunto y de manera coloquial como redes "permisionadas".

Como ejemplos de redes privadas son muy conocidas Hyperledger[96] y Quorum[97], desarrolladas respectivamente por The Linux Foundation y la empresa financiera J.P. Morgan Chase; mientras que, de entre las híbridas, se puede destacar la desarrollada por la Enterprise Ethereum Alliance[98], entidad en la que participa un consorcio de grandes empresas y gigantes técnológicos como Microsoft e Intel, y entre las que se encuentran el Banco Santander y el BBVA. La disponibilidad de alternativas "controlables" al diseño descentralizado puro de Bitcoin supuso, tal y como apunta WERBACH[99], un factor determinante para que empresas y gobiernos de todo el mundo apostasen por estas redes "permisionadas" durante los años 2016 y 2017.

1.5.2.1. Relevancia jurídica de la cadena de bloques.

Centrándonos ya en una perspectiva estrictamente jurídica, de entre todas las innovaciones o ventajas que la tecnología *blockchain* presenta en este plano, existen dos que, por su relevancia, no podemos dejar sin exponer, aunque sea de manera muy breve.

La primera es el proceso extraordinariamente robusto de fechado, sellado y cifrado electrónico mediante claves públicas y privadas, de los datos o documentos susceptibles de ser incluidos en los archivos que pueden formar parte de los bloques de información asociados a una determinada transacción realizada mediante esta tecnología. Dada la imposibilidad de alterar o modificar tanto el sello digital como la información incluída en estos archivos, los datos o documentos en ellos contenidos son susceptibles de desplegar efectos probatorios

96 *<https://www.hyperledger.org/>*

97 *<https://consensys.net/quorum/>*

98 *<https://entethalliance.org/>*

99 K. WERBACH, *The Blockchain and the new architecture of trust*, *op. cit.*, pág. 62.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entre las partes, pudiendo aportarse en juicio con valor de documento privado.

Además, y en la medida en que puedan llegar a colmarse los requisitos que nuestra legislación reguladora de la firma electrónica establece, dicho proceso de sellado sería susceptible de gozar de la eficacia jurídica que dicha normativa y, en concreto, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, prevean[100]. Todo ello ofrece obvias e interesantes posibilidades dentro del ámbito de los registros públicos, en tanto en cuanto puede facilitar muchos de los fines propios de estas instituciones y mejorar la labor de garantizar la publicidad formal de determinados hechos, circunstancias y derechos que la Administración pública tiene encomendada[101].

La segunda novedad afecta a la contratación electrónica en el ámbito del derecho privado[102] y deriva de la posibilidad que ofrecen determinadas aplicaciones o redes *blockchain*, como por ejemplo Ethereum[103], de incorporar sencillos programas informáticos autoejecutables a la cadena de bloques o *smart contracts* —como a

---

100 J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, *op. cit.*, pág. 41.

101 Véase, para una aproximación general, K. WERBACH, *The Blockchain and the new architecture of trust*, *op. cit.*, págs. 107 a 116.

102 De momento, no obra la fe pública y la administración española no cuenta con ningún procedimiento o servicio articulado en base a la tecnología de bloques. Sobre la posibilidad de intervención de los notarios, véase J. CARMELO LLOPIS, «Blockchain y profesión notarial», EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 70 (2016), págs. 50 a 55; y E. BRANCÓS I NÚÑEZ, «Blockchain, función notarial y registro», EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 71 (2017), págs. 50 a 53. Sobre su aplicación en la administración pública en el ámbito de la Unión Europea, véase F. PIGNATELLI, (ed), *Blockchain for digital government. An assessment of pioneering implementations in public services*. EUR 29677 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019; sobre aplicaciones pioneras en otros países: R. RUBIO NÚÑEZ, «Blockchain: gobierno y democracia», en P. GARCÍA MEXÍA (dir.), *Criptoderecho*, *op. cit.*, págs. 235 a 242. Sobre una hipotética aplicación al Registro de la Propiedad Español, véase E. SÁNCHEZ ÁLVAREZ Y A. GARCÍA PACIOS, «Derecho y disrupción tecnológica: ¿pueden interactuar Blockchain y el Registro de la Propiedad español?», DIARIO LA LEY. Sección Ciberderecho. Núm. 61, 25 de abril de 2022.

103 Véase <*https://www.ethereum.org*>. Ethereum fue la red *blockchain* pionera en el uso de *smart contracts*. En la actualidad hay otras que ofrecen soluciones similares como, por ejemplo, Cardano, Avalanche, Fantom, Algorand o la propia Bitcoin.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

menudo se les denomina[104]—, cuya puesta en marcha, en algunos casos y dándose ciertas circunstancias establecidas con anterioridad, puede llegar a dar lugar a la formación de un contrato electrónico encriptado.

Dicho acuerdo sería, en principio, jurídicamente válido entre las partes que hubiesen recurrido a esta tecnología para realizar una determinada operación. La consumación del convenio de voluntades se llevaría a cabo de manera automática también gracias al *blockchain*, pudiendo actualizarse o completarse determinados aspectos de este mediante la intervención de un tercero de confianza[105], y confirmarse mediante esta misma tecnología el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por cada uno de los participantes.

Obsérvese que estamos hablando fundamentalmente de obligaciones que pueden ser ejecutadas de manera autónoma a través de sistemas informáticos; no de obligaciones de naturaleza personal sino de obligaciones de naturaleza económica, típicas del tráfico en masa[106], derivadas en muchos casos de negocios jurídicos relacionados con transacciones sobre activos patrimoniales inmateriales como son, por ejemplo, las criptomonedas[107].

---

[104] El primer autor en exponer el concepto y avanzar las posibilidades de los *smart contracts* fue N. SZABO, véase «Formalizing and securing relationships on public networks», FIRST MONDAY, PEER–REVIEWED JOURNAL ON THE INTERNET, volume 2, number 9 (1997). Disponible en <*https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469*>

[105] Tercero que puede ser no sólo una persona física o jurídica, sino también un determinado *software* o una aplicación informática cuya intervención hubiese sido prevista por las partes para ajustar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones durante el término del acuerdo. El juego de este tercero —u "oráculo", como en ocasiones viene siendo denominado—, dota a los *smart contracts* de un elevado nivel de dinamismo y permite que puedan responder y adaptarse ágilmente a cambios imprevistos que puedan tener algún impacto en la vida del contrato. Véase K. WERBACH, *The Blockchain and the new architecture of trust*, *op. cit.*, pág. 75.

[106] Cfr. A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain; La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain.* Madrid, Wolters Kluwer, 2019. Pág. 30.

[107] Las cuales pueden ser consideradas divisas virtuales, pero no dinero. Para el TJUE se trata de medios contractuales de pago directo entre los operadores que las aceptan. En opinión de nuestro más alto tribunal, ni son dinero ni tienen la consideración legal de dinero electrónico, sino que constituyen unidades de cuenta de las redes de las que son propias, susceptibles de ser utilizados como activos inmateriales de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes los acepten. Cfr. Sentencia del

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

NAVARRO DE ANDRÉS sintetiza nítidamente los principales escenarios jurídicos de presencia de este *software* en una cadena de bloques, pudiendo darse varias situaciones:

> "Primero, que el smart contract sea un fiel reflejo de lo acordado por las partes en su integridad. Entonces estaríamos ante el supuesto tradicional de documentación del contrato, pero en un soporte y [...] en una forma determinada. Segundo, que el denominado smart contract recoja únicamente algunas obligaciones específicas del contrato, pero no todo el contrato. Por último, que el smart contract no documente el contrato, sino que sea un medio de ejecución de las prestaciones de las partes, es decir, [que] se sitúe en la fase de cumplimiento del contrato y no de su formación."[108]

La influencia tecnológica del mundo angloparlante no debe arrastrarnos a pensar o llevarnos a asumir alegremente que estos *smart contracts* constituyen contratos jurídicamente vinculantes en un sentido estricto, pues se trata de meras secuencias de instrucciones escritas para que una computadora realice una determinada tarea y, tal y como explica PRENAFETA hay muchas variables que, de no quedar perfectamente determinadas *ex ante*, de manera lo suficientemente concreta como para poder ser verificadas autónomamente por un programa informático, supondrán serios obstáculos insalvables para ello[109].

Ciertamente, los *smart contracts* son creados con la finalidad de producir efectos jurídicos, "*como instrumento[s] para desarrollar la ejecución automática de las prestaciones de un contrato electrónico*" pero, en lo que a España se refiere, sólo aquellos en los que concurran objeto, consentimiento y causa, así como cualesquiera otros requisitos

---

TJUE (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015, *Skatteverket* contra *David Hedqvist*. Asunto C-264/14. Párrafo 42; y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Primera), número 326/2019, de 20 de junio, fundamento de Derecho tercero, *in fine*.

[108] S. NAVARRO DE ANDRÉS, «Contratos inteligentes. En especial, su implantación técnica en negocios *blockchain*», en P. GARCÍA MEXÍA (dir.), *Criptoderecho*, *op. cit.*, pág. 336. Entre corchetes propio.

[109] J. PRENAFETA RODRÍGUEZ, «Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica», DIARIO LA LEY, número 8.824, Sección Legal Management, 15 de septiembre de 2016, págs. 3 y 4.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que nuestra legislación exija, podrán ser considerados contratos electrónicos plénamente válidos o "inteligentes"[110], si con esta cualidad tan propiamente humana queremos calificarlos[111], al margen de sus limitaciones y puntos débiles[112]. Ahora bien, en ese caso y como acertadamente resalta VILALTA NICUESA, no estaríamos ante una nueva tipología contractual sino frente a una manifestación novedosa y más compleja de los contratos electrónicos[113].

1.5.2.2. Propiedad intelectual y *blockchain*.

La industria musical es uno de los muchos sectores en los cuales la aplicación de la tecnología de cadena de bloques parece ser susceptible de mejorar procesos ya existentes, haciéndolos más eficientes y transparentes, e incluso de facilitar el desarrollo de nuevas vías de negocio[114]. Del mismo modo que, tal y como hemos explicado a lo largo de varios de los apartados anteriores del presente capítulo, la tecnología P2P ha posibilitado mejoras notables en el campo de la arquitectura de aplicaciones informáticas, las cuales han redundado en beneficio de la explotación *online* que buena parte de la industria creativa hace de sus creaciones, la tecnología *blockchain* está en condiciones de ofrecer muchas y muy diversas oportunidades a los titulares de derechos de autor y derechos afines sobre activos intangibles.

---

110 Defendiendo esta postura entiendo que se encuentran, entre otros, C. TUR FAÚNDEZ, *Smart contracts; Análisis jurídico*. Madrid, Editorial Reus, 2018. Págs. 51 a 71 y pág. 139, de donde se toma la cita entrecomillada *supra*; entre corchetes propio; A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain*, *op. cit.*, págs. 26 a 30 y 79 a 105; y S. NAVARRO DE ANDRÉS, «Contratos inteligentes...», *op. cit.*, págs. 337 a 340.

111 Otras denominaciones son posibles. Por ejemplo, si el acento se pone en la base criptográfica que sustenta este tipo de contratos electrónicos, su definición como "criptocontratos" resulta sumamente acertada. Véase P. GARCÍA MEXÍA, «Del Ciberderecho al Criptoderecho. La Criptoregulación», en P. GARCÍA MEXÍA (dir.), *Criptoderecho*, *op. cit.*, págs. 97 a 101.

112 Riesgos que, según WERBACH, podrían provenir entre otros del ámbito de la privacidad, del de la formalización del contrato y de una excesiva estandarización de su uso. *Vid.* K. WERBACH, *The Blockchain and the new architecture of trust*, *op. cit.*, págs. 83 a 88.

113 A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain*, *op. cit.*, pág. 28.

114 Véase D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, *op. cit.*, págs. 226 a 229.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En concreto, hablaremos de los potenciales beneficios de su aplicación en cuatro ámbitos concretos: (a) el registro de autoría y titularidad de derechos; (b) la subscripción de contratos y acuerdos de explotación; (c) la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual; y (d) la salvaguarda y lucha contra la vulneración de dichos derechos.

Antes de entrar en el desarrollo individualizado de cada una de estas cuatro áreas, es importante resaltar que, al igual que sucedió con la tecnología *peer-to-peer*, la potencial aplicación de la tecnología *blockchain* en cada uno de estos ámbitos dentro del derecho de propiedad intelectual requerirá posiblemente de ciertos procesos de adaptación, imprescindibles para modular el carácter abierto y el diseño descentralizado puro de la cadena de bloques y adaptarlo a la realidad y necesidades de los titulares de derechos, cuya naturaleza jurídica es privativa y el diseño de su gestión eminentemente centralizado.

Ello quiere decir que, en muchos casos, una aplicación directa y completa de la tecnología *blockchain* a los ámbitos del derecho de propiedad intelectual que vamos a explicar a continuación, no será posible, deseable o recomendable desde un punto de vista práctico, por lo que habrá que buscar fórmulas intermedias que no sean completamente descentralizadas o en las que no haya una ausencia absoluta de intermediarios de confianza[115].

1.5.2.2.1. Registro de autoría y titularidad de derechos.

La inclusión segura y cifrada de determinada información en la cadena de bloques podría, en primer lugar, contribuir a una mejor atribución y reconocimiento tanto de la autoría como de cualquier contribución realizada por otros sujetos en el proceso de creación de la obra —pensemos, por ejemplo, en cada uno de los artistas intérpretes o ejecutantes que, como miembros de una orquesta sinfónica, han participado en la grabación de una determinada pieza musical—, tanto como de la titularidad de

115 Así lo advierten B. BODÓ, D. GERVAIS AND J. P. QUINTAIS, «Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 26 (2018), pág. 318.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cualesquiera derechos de explotación que de la misma se derivasen, superándose las habituales limitaciones físicas de los soportes tangibles y vinculando de manera permanente e inalterable dicha información a cada ejemplar de dicha creación artística, literaria o científica objeto de protección[116].

En segundo término, toda esa información incluida en la cadena de bloques también podría servir como punto de partida para desarrollar bases de datos o registros públicos globales de autores y titulares de derechos, idea atractiva esta que se ha tratado de llevar a la práctica en varias ocasiones, siempre desde una perspectiva *centralizada* y con escaso o nulo éxito, como pudo comprobar la Comisión Europea con el fracaso de su proyecto *Global Repertoire Database*[117] y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el del *International Music Registry*[118]. Quizás afrontar el reto desde el ángulo opuesto, desde la perspectiva descentralizada propia de la cadena de bloques, podría permitir establecer un registro supranacional de obras, voluntario y complementario de los nacionales ya existentes[119], el cual facilitaría enormemente, en

---

116 Cfr. M. O'DAIR, *The networked record industry. How blockchain technology could transform the monetisation of recorded music*. NEMODE, March 2016. Págs. 14 y 15. Disponible *online* en: *<http://www.nemode.ac.uk/wp-content/uploads/2012/12/ODair-The-networked-record-industry-REPORT-1.pdf>*

117 K. MILOSIC, *GRD's Failure*. MUSIC BUSINESS JOURNAL, BERKLEE COLLEGE OF MUSIC. August 2015. Disponible en: *<http://www.thembj.org/2015/08/grds-failure/>*

118 Véase T. CLARKE, *What copyright infrastructure is needed to facilitate the licensing of copyrighted works in the digital age: the International Music Registry (IMR)?*. WIPO/IP/AUT/GE/11/T12. WIPO. Symposium of Intellectual Property Authorities. Services for Access to Knowledge in Promoting Innovation and Creativity. Geneva, September 22 and 23, 2011. *<https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=22742>*

119 De registro y depósito legal, respetuosos con el artículo 5.2) del Convenio de Berna, el cual dispone que, en los 177 estados en los que ha sido ratificado, el goce y ejercicio de los derechos de autor y afines no se encuentran subordinados a ninguna formalidad. Existen diversos estudios que ponen de relieve los aspectos positivos que los censos voluntarios nacionales ofrecen, entre ellos, EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Study On Voluntary Registration And Deposit Systems: United States And China*. Alicante, June 2018. Disponible en línea a través de *<https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Voluntary_Registration/2018_Voluntary_Registration_en.pdf>*. También interesante es la colección de respuestas provenientes de 80 países, recibidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual con motivo de la realización de la encuesta *WIPO, Second Survey on Voluntary*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

especial en el ámbito *online*, el proceso de identificación de titulares que antecede a la obtención de la debida licencia o autorización de explotación por terceros y, adicionalmente, como cualquier otro registro al uso, serviría para dejar constancia de todos los actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos así como de cualesquiera otros hechos, actos y títulos, tanto voluntarios como necesarios, susceptibles de afectar a aquellos[120]. De hacerse realidad, un registro público global de estas características estaría en disposición de ayudar a paliar los efectos de determinados problemas crónicos en el campo del derecho de autor, como podría ser el de las denominadas obras huérfanas[121].

En 2020 la OMPI lanzó WIPO PROOF[122], un servicio *online* pensado para ayudar a que los creadores de activos digitales pudiesen acreditar y datar la autoría de sus obras. Sin embargo, apenas un año más tarde, la OMPI llevó a cabo un examen del programa y decidió interrumpir el servicio a partir del 31 de enero de 2022[123]. El sistema era complementario de cualquier sistema legal de protección existente en el ámbito nacional e internacional y pretendía simplemente aportar un medio para facilitar la prueba de la existencia y titularidad de obras del intelecto, secretos comerciales y conocimientos especializados, investigaciones provisionales e información previa a la solicitud de una patente, un dibujo o un diseño industrial, desarrolladas en fases iniciarias o intermedias, pero siempre en formato digital[124]. La

---

Registration and Deposit Systems. Disponible *online* a través de: <*www.wipo.int/copyright/en/registration/registration_and_deposit_system_03_10.html*>

120 Véase A. TRESISE, J. GOLDENFEIN AND D. HUNTER, «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», AUSTRALIAN INTELLECTUAL PROPERTY JOURNAL, volumen 28 (2018), págs. 146 a 149.

121 *Ibidem*, págs. 156 y 157. Véase también, desde una perspectiva europea y con relación a las disposiciones de la directiva de obras huérfanas, los comentarios de B. BODÓ, D. GERVAIS AND J. P. QUINTAIS, «Blockchain and smart contracts…», *op. cit.*, págs. 325 a 328.

122 Véase <*https://wipoproof.wipo.int*> y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *WIPO PROOF: la OMPI pone en marcha un nuevo servicio que proporciona pruebas de la existencia de los activos intelectuales*. PR/2020/855. Ginebra, 27 de mayo de 2020.

123 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Supresión del servicio de generación de fichas digitales de WIPO PROOF*. 11 de octubre de 2021. <*https://www.wipo.int/wipoproof/es/news/2021/news_0003.html*>

124 Véase <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/use-cases.xhtml*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

herramienta no accedía al contenido de los archivos digitales a validar, ni almacenaba copias de ellos, simplemente interactuaba con el navegador de Internet que estuviese usando el autor para generar una "ficha digital" de su obra, haciendo uso de un sistema de cifrado asimétrico de última generación[125] y generando un código *hash* del archivo original, que lo identificaba de manera única.

Una vez generada, la ficha WIPO PROOF no podía ser modificada, ni por la OMPI ni por ningún tercero[126], lo cual incluía al solicitante de la misma[127]. La ficha electrónica incorporaba información sobre quién la solicitó, qué día y a que hora tuvo ello lugar, y no tenía un período de validez predefinido, es decir no caducaba, pudiendo ser descargada y almacenada a efectos de conservación por el creador, al tiempo que durante cinco años se mantendría disponible en la página oficial de WIPO PROOF, para poder ser consultada por terceros sin cargo alguno.

Sin embargo, WIPO PROOF no estaba basado en la tecnología de bloques ni tampoco podía ser asimilada o entendida como una red *blockchain* privada, pese a que empleaba un proceso de criptografía asimétrica —también denominado criptografía de clave pública o de dos claves— para crear las fichas y la OMPI gestionaba el proceso, dando fe de que la ficha se había generado, garantizando su validez y la veracidad de la información que la misma contuviese[128]. Dos fueron

---

125 En concreto el FIPS 140-3, que es el nivel de seguridad más reciente que el gobierno de Estados Unidos ha establecido como estándar para equipos informáticos destinados a la acreditación de módulos criptográficos. Este patrón establece una serie de mínimos que deben regir la captura, transmisión, almacenamiento y distribución segura de información y la industria criptográfica, así como las grandes multinacionales y el resto de gobiernos, lo toman como la referencia principal en la materia.

126 *<https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml>*, sección "Protección y duración", apartado "¿Hay algún riesgo de fraude?."

127 Si el solicitante cometiese algún error como, por ejemplo, generar la ficha WIPO PROOF para un archivo corrupto o en blanco, ello no podía ser subsanado *a posteriori*. Lo que había que hacer era repetir el proceso de nuevo, presentando una nueva solicitud y generando una nueva ficha. Lo mismo sucedía si el autor modificaba el archivo original, incluyendo el más mínimo cambio de formato, añadir un punto o quitar una coma. Cfr. *<https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml>*, sección "Cómo usar WIPO PROOF", apartado "¿Qué le pasa a mi ficha digital de WIPO PROOF si modifico el archivo original?"

128 El rol era similar al que desarrolla en la industria de la seguridad informática una autoridad de sellado de tiempo o *Timestamping Authority* (TSA), tal y como reconocía la propia OMPI en *<https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml>*, sección "Tecnología y

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las razones expuestas públicamente por la OMPI para justificar su decisión de no usar la tecnología de bloques.

La primera fue que, a la hora de acreditar fehacientemente la existencia de activos de propiedad intelectual mediante pruebas digitales ante los tribunales de justicia el "*respaldo y la certificación de las pruebas digitales deben proceder de una autoridad centralizada y neutral a fin de maximizar el grado de confianza y afirmar su validez*", aval que estaba en mejores condiciones de ofrecer WIPO PROOF que cualquier otra alternativa similar basada en el *blockchain*, en la medida en que, por ser emitidas las fichas digitales por un organismo oficial de las Naciones Unidas como la OMPI, esta "*autentificación y apoyo oficiales garantizan que la tecnología utilizada para la generación de la prueba de existencia se ajusta a las normas mundiales más estrictas y que no se ha manipulado la prueba digital.*"[129] Poco había que criticar a este razonamiento, en la medida en que era cierto que el potencial valor probatorio de la información contenida en una ficha WIPO PROOF resultararía, a mi entender, difícil de rebatir en el marco de un procedimiento arbitral, administrativo o judicial.

Ahora bien, erró sin embargo la OMPI al enmarcar esta primera justificación bajo el epígrafe "*Las cadenas de bloques públicas en comparación con las cadenas de bloques privadas*" y concluir su alegato a favor de las ventajas de WIPO PROOF con una última frase que defendía que la garantía de confianza y validez que debe acompañar a cualquier prueba digital era "*mucho más fuerte en las cadenas de bloques privadas que en las públicas, pues no son administradas por una institución.*"[130]

El motivo de mi opinión crítica es que ello trasladaba al lector la errónea impresión de que WIPO PROOF podía ser una especie de

---

normas", apartado "¿Qué es una autoridad de sellado en tiempo global (TSA, por sus siglas en inglés)?."

[129] <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml*>, sección "Tecnología y normas", apartado "¿Por qué se basa WIPO PROOF en la tecnología de infraestructura de clave pública (PKI) y no en la cadena de bloques?".

[130] <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml*>, sección "Tecnología y normas", apartado "¿Por qué se basa WIPO PROOF en la tecnología de infraestructura de clave pública (PKI) y no en la cadena de bloques?".

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cadena de bloques privada gestionada por la OMPI, cuando no era así. Tal y como hemos explicado con anterioridad, el principal rasgo de una cadena de bloques "permisionada" es constituir una red de acceso restringido a un *grupo limitado de usuarios*, para que y conforme a los distintos permisos que les asigne quien gestione dicha red, una vez verificada su identidad, puedan acceder a ella, *participar en sus procesos* y *ver las transacciones realizadas por el resto de pares de la misma*. El amplio espectro de potenciales usuarios de WIPO PROOF no era ilimitado pero sí bastante extenso —cualquier tipo de inventor o creador, de cualquier país del mundo, ya fuere un particular o una gran empresa, así como sus representantes legales, despachos de abogados o profesionales de la propiedad intelectual cuando usasen el servicio en nombre de sus clientes[131]—, y una vez dados de alta en el sistema, dichos usuarios no operaban como pares de una misma red, ni participaban en los procesos de mantenimiento o gestión de la red, ni mucho menos las operaciones que realizaban los otros usuarios era visibles para el resto[132].

Los usuarios de WIPO PROOF no eran usuarios de una red *blockchain* centralizada en mayor o menor grado. En realidad, tal y como reconocía la propia OMPI[133], el servicio que prestaba WIPO PROOF era idéntico al que desarrollaba dentro de la industria de la seguridad informática una autoridad de sellado de tiempo o *Timestamping Authority* (TSA) y asimilable, pese a ser la OMPI una entidad extranjera a la Unión Europa pero en tanto en cuanto cumpliese los requisitos del Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo[134], a los servicios que ofrecen las TSA comunitarias cualificadas que operan en nuestro entorno.

---

131 <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml*>, sección "Acerca de WIPO PROOF", apartado "¿Quién puede usar WIPO PROOF?".

132 Véase también <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/how-it-works.xhtml*>

133 <*https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml*>, sección "Tecnología y normas", apartado "¿Qué es una autoridad de sellado en tiempo global (TSA, por sus siglas en inglés).?"

134 Reglamento n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, L 257, 28 de agosto de 2014, págs. 73 a 114.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La segunda razón que esgrimía la OMPI para no haber optado por el *blockchain* era que, al

> "efectuarse una transacción, se almacena en la cadena de bloques un código único denominado clave pública [, la cual] no contiene ningún tipo de información personal, pero puede vincularse en todo momento a una entidad o persona de una u otra manera. Si bien las entradas en las cadenas de bloques permanecen encriptadas en la esfera pública, la OMPI estima que es posible que muchos creadores e innovadores prefieran mantener el anonimato y no solo la confidencialidad. Por lo tanto, WIPO PROOF ofrece un anonimato total, ya que solo la OMPI sabe que usted ha generado una ficha WIPO PROOF y no se pone a disposición del público ningún tipo de información de identificación única."[135]

El riesgo de afectación al derecho a la privacidad ciertamente existe en el marco del uso de la tecnología *blockchain*[136]. Ahora bien, en mi opinión, cuanto mayor sea el nivel descentralización y de accesibilidad de una red *blockchain* —pensemos en una pública y descentralizada pura como Bitcoin—, menores serán los potenciales riesgos que pueden afectar a los que en ella participen desde la perspectiva de su privacidad. Por el contrario, los potenciales riesgos serán superiores en el caso de las redes *privadas* o completamente centralizadas y en las redes *híbridas* o parcialmente centralizadas, puesto que existen una o varias entidades centrales que supervisan quienes puede acceder a dichas redes y con qué nivel de participación pueden interactuar con el resto de usuarios[137].

Comparado con un sistema distribuido, el diseño de estas redes *blockchain* descentralizadas implica un riesgo potencialmente mayor, pues al contar con uno o varios servidores centrales del que dependen son más vulnerables a fallos o a intrusiones que puedan afectar al

---

135 *<https://wipoproof.wipo.int/wdts/faqs.xhtml>*, sección "Tecnología y normas", apartado "¿Por qué se basa WIPO PROOF en la tecnología de infraestructura de clave pública (PKI) y no en la cadena de bloques?". Entre corchetes propio.

136 Véase P. DE FILIPPI AND A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

137 Véase D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, *op. cit.*, págs. 41 a 45.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

derecho a la privacidad de sus usuarios. En el caso de WIPO PROOF, era la OMPI la que asumía un rol centralizado similar en cuanto a su funcionalidad al de una red *blockchain* privada, gestionando la producción de fichas electrónicas de la manera que hemos explicado pero, y aquí esta el *quid* de la cuestión, en lo que al nivel de anonimato se refiere, en la medida en que las posibilidades de sus usuarios estaban tan sumamente limitadas que sólo tenían acceso a la información de las fichas electrónicas que ellos generaban y su visibilidad del resto de operaciones realizadas por otros usuarios era nula, sí que creo que, en ese frente concreto de protección de la información, el nivel de anonimato por diseño de WIPO PROOF era muy alto, posiblemente cercano a ese grado de "anonimato total" que afirman ofrecer.

Independientemente de no haber optado por la tecnología de bloques para el diseño de WIPO PROOF, ello no ha supuesto el cierre del debate en el seno de la OMPI, especialmente en el marco de las normas técnicas que regulan qué información debe contener la documentación estándar usada por la organización y quienes con ella interactúan. Así, también en el año 2020, la OMPI anunció la puesta en marcha por parte del Comité de Normas Técnicas de una serie de seminarios y debates públicos sobre las posibilidades que el *blockchain* puede ofrecer en el ámbito de la propiedad intelectual, proceso que concluirá con la redacción del consiguiente *whitepaper* posiblemente a finales de 2021[138].

1.5.2.2.2. Subscripción de contratos y acuerdos de explotación.

Sin embargo, es en el ámbito de la celebración de acuerdos de licencia donde la tecnología *blockchain* estaría en condiciones de realizar aportaciones más significativas. En esta segunda área de interés tenemos, en primer lugar, que la inclusión segura y cifrada en el bloque de información que acompañare a una

[138] Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *El Comité de Normas Técnicas de la OMPI pone en marcha una serie de seminarios web sobre la cadena de bloques en el ámbito de la PI.* 17 de junio de 2020. Disponible en: *<https://www.wipo.int/standards/es/news/2020/news_0001.html>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

obra musical, de los datos y señas de contacto de todos los titulares de derechos sobre la misma, así como, por ejemplo, el porcentaje de titularidad que a cada uno le correspondiera, sus tarifas o las condiciones de licencia especificas que pudieran aplicar en relación a determinados actos de explotación, todo ello facilitaría y simplificaría sobremanera la tramitación de contratos, autorizaciones y licencias[139].

Esto sería de gran ayuda en escenarios *online* sumamente complejos, como es el caso del planteado a raíz de la aprobación del artículo 17 de la Directiva 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital[140], en virtud del cual aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que alojen y den al público acceso a una gran cantidad de obras y prestaciones protegidas vienen obligados a hacer los mayores esfuerzos para obtener la autorización de sus correspondientes titulares. En este caso, el uso de la cadena de bloques pondría fácilmente al alcance de estos proveedores toda la información relevante para intentar suscribir dichos acuerdos, dotándoles de un mayor control sobre el contenido licenciado, reduciendo los costes transaccionales asociados con este tipo de operaciones, al tiempo que se reduce el número de intermediarios involucrados y se agiliza hasta casi la inmediatez el proceso de remuneración que a todo titular de derechos corresponde[141].

Los *smart contracts* jugarían un papel muy importante en relación a este escenario de celebración de contratos y acuerdos de explotación *online* en materia de propiedad intelectual que estamos describiendo pues, en la medida en que se cumpliesen determinadas condiciones — por ejemplo, que el licenciatario haya facilitado sus señas y datos de

---

139 M. O'DAIR AND Z. BEAVEN, «The networked record industry: How blockchain technology could transform the record industry», STRATEGIC CHANGE: BRIEFINGS IN ENTREPRENEURIAL FINANCE STRATEGIC CHANGE. Special Issue: The Future of Money and Further Applications of the Blockchain, volumen 26, número 5 (2017), págs. 473 y 474.

140 Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, L 130/92. 17.5.2019.

141 Véase A. TRESISE, J. GOLDENFEIN AND D. HUNTER, «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», *op. cit.*, pág. 151; y M. O'DAIR AND Z. BEAVEN, «The networked record industry…», *op. cit.*, pág. 474.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

facturación, especificado los concretos actos de explotación objeto de autorización, así como el ámbito territorial y temporal en el cual se piensan desarrollar—, la puesta a disposición o el acceso efectivo a la obra por parte del licenciatario —pensemos en la descarga de una versión digital de la misma desde la página web del titular o desde un repositorio digital autorizado a estos efectos—, pondría automáticamente en marcha un proceso informático que daría lugar a la formación de un contrato electrónico entre las partes, cuyas obligaciones serían exigibles a partir de ese mismo momento.

Con un ejemplo seguramente se puedan explicar mejor las posibilidades y la sustancial mejora en eficiencia que la tecnología blockchain proporciona en relación con este aspecto específico. Pongamos por caso que la empresa responsable de un determinado sitio web quiere obtener las correspondientes autorizaciones para incorporar parte de una determinada obra musical, unos segundos de una canción grabada durante una actuación en directo, a un vídeo que ella misma ha creado con el fin de promocionar los servicios que desde su página ofrece a través de Internet.

Normalmente ello requeriría una pequeña labor de investigación previa por parte del interesado para averiguar quienes son y en qué proporción los titulares de derechos sobre la obra registrada en una grabación específica que es la que desea utilizar —de entre todas las disponibles en el mercado—, para la firma de lo que en la práctica se conoce como contrato de sincronización. Dependiendo de la obra de la que se trate y del artista que la haya interpretado, el proceso puede requerir más o menos tiempo, pues habría que identificar y solicitar autorización no solo a los titulares de derechos editoriales y fonográficos, sino también a los intérpretes y ejecutantes de la versión específica que se desee licenciar y, en general, los unos son independientes de los otros.

Si la versión digital de la obra incluyese ya un bloque de información característico de la tecnología que estamos explicando, con todos los detalles, señas y datos de contacto de los titulares, el proceso para el futuro licenciatario se simplificaría enormemente. Si además se acompañase dicha versión digital de un *smart contract* específico para esa obra, redactado para permitir la subscripción

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

automática de acuerdos de sincronización sobre la misma, entonces sería ya posible que el interesado subscribiese dicho contrato, en un solo acto y de manera simultánea para con todos los titulares involucrados, procediéndose ya *de manera inmediata al abono individualizado de la remuneración que a cada uno de ellos correspondiere*.

Como resulta evidente, cualquiera de las dos opciones de nuestro ejemplo es beneficiosa para los titulares y contribuye a optimizar la explotación de sus derechos exclusivos, haciéndola más eficiente. Además, ello puede tener lugar de manera ciertamente más justa —parece difícil que alguno de ellos pudiese quedar "olvidado" y no percibir lo que le correspondiese—, favoreciendo al conjunto de titulares en general, ya sean de mayor o menor reputación artístiva o reconocimiento público, e independientemente de las posibilidades y recursos de los que dispongan para sacar el máximo rendimiento a la explotación de sus creaciones en el ámbito *online*.

Como apuntan algunos autores[142], la naturaleza global de Internet requerirá ciertamente que los titulares ajusten determinados aspectos de este esquema de licencias basado en la cadena de bloques si lo que se busca es intentar aprovechar al máximo en el plano transnacional las posibilidades que la red de redes ofrece. No hacerlo podría generar problemas y litigios de complicada resolución. Por ejemplo, en la medida en que no existe un "derecho internacional de autor" sino el reconocimiento de una protección de mínimos del derecho de autor en múltiples territorios merced a la firma de determinados tratados y acuerdos internacionales como es el Convenio de Berna, la consumación de contratos *internacionales* de explotación podría generar potenciales problemas de interpretación y cumplimiento, si el correspondiente *smart contract* no incluyese cláusulas específicas que contemplasen las diferencias y peculiaridades nacionales existentes en los diversos territorios en los que dichos acuerdos pretendan tener aplicación.

---

142 Entre ellos B. BODÓ, D. GERVAIS AND J. P. QUINTAIS, «Blockchain and smart contracts…», *op. cit.*, págs. 320 a 323, cuya descripción y ejemplos seguimos en el presente párrafo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Otro aspecto importante que no puede ser pasado por alto es que optar por un modelo de subscripción de contratos y acuerdos de explotación vía *blockchain*, complementario de otros ya existentes, más tradicionales si se quiere, acarreará necesariamente un mayor esfuerzo por parte de los titulares para una correcta administración y un óptimo control de gestión de las autorizaciones y licencias otorgadas, a fin de evitar duplicidades y solapamientos que puedan dar lugar a potenciales conflictos, especialmente entre aquellos acuerdos que se suscriben de manera automática gracias a la tecnología de bloques y aquellos en los que no es así.

1.5.2.2.3. Gestión colectiva de derechos.

Dos de las características capitales del *blockchain* son la transparencia y el registro cronológico e inalterable de todas las transacciones que sobre un determinado activo inmaterial puedan llegar a tener lugar. El quién, el cuándo y por cuánto dejan de ser interrogantes inescrutables y la publicidad del alcance, del rol y de la identidad de los intervinientes en operaciones previas genera seguridad entre quienes tengan intención de realizar otras futuras de similar índole.

Es por ello por lo que el potencial empleo de la cadena de bloques presenta gran interés cuando dichos activos sean obras artísticas, literarias o científicas en formato digital y las transacciones que sobre ellas se den encajen en la definición de actos de explotación que, conforme a lo establecido en las leyes de Propiedad Intelectual de diversos países, entre ellos España, puedan o deban encontrarse sujetos a gestión colectiva por parte de los organismos debidamente habilitados para ello.

Muchas han sido las críticas que a lo largo de los años se han venido escuchando en relación con el funcionamiento interno y externo de este tipo de entidades en nuestro país y que, de algún modo, intentaron ser solventadas en mayor o menor medida a través de normas como la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modificaron las leyes de Propiedad Intelectual y de Enjuiciamiento

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Civil[143]; el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril[144] o la Ley 2/2019, de 1 de marzo[145]. Nosotros nos limitaremos aquí a resaltar tan sólo dos de ellas, las cuales consideramos interesantes para el objeto de análisis del presente apartado.

La primera es la consolidación y extensión de un régimen jurídico privilegiado de raíz decimonónica, impulsado por la SGAE prácticamente desde 1941[146] y que, pese la supresión formal de su monopolio oficial y exclusivo en la gestión colectiva de derechos con la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual[147], ha venido laminando y reduciendo progresivamente la presencia pública en los órganos de gobierno de estas sociedades, así como las labores de control de su normativa interna y las necesarias de vigilancia y supervisión de sus actividades, derivadas de la encomienda a su favor de determinados fines de interés general[148].

La segunda es fruto del permamente roce entre el ejercicio práctico de las facultades que la normativa nacional y comunitaria

---

143 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, número 268, de 5 de noviembre de 2014, páginas 90.404 a 90.439.

144 Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Boletín Oficial del Estado, número 1, de 14 de abril de 2018, páginas 38.590 a 38.644.

145 Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Boletín Oficial del Estado, número 53, de 2 de marzo de 2019, páginas 20.282 a 20.340.

146 Tras la entrada en vigor de la Ley de 24 de junio de 1941 por la que se instituye la Sociedad General de Autores de España. Boletín Oficial del Estado, número 194, de 13 de julio de 1941, páginas 5.234 a 5.234.

147 Boletín Oficial del Estado, número 275, de 17 de noviembre de 1987, páginas 34.163 a 34.176.

148 Sobre el control público de estas entidades, véase, por ejemplo, la monografía de J. A. UREÑA SALCEDO, *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor.* Madrid, Iustel, 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

legalmente les atribuyen, y el marco jurídico regulador del derecho de la competencia, que se opone a que quienes cuenten con una posición dominante en el mercado, lícitamente obtenida, intenten, además, obtener o mantener alguna ventaja adicional abusando de ella[149]. Singular interés tienen en nuestro país tanto las resoluciones particulares sobre casos concretos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en relación al mercado de gestión colectiva de derechos[150], como las palabras vertidas en aquellas oportunidades que se le han presentado para valorar las actuaciones en general de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, destacando sin duda, el casi centenar de páginas que la CNMC dedicó en 2009 al análisis de todas ellas en su conjunto, de entre las cuales interesa destacar por nosotros, en la medida en que pone el foco en el ámbito *online*, la opinión de este organismo de que

> "introducir competencia en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual es particularmente importante teniendo en cuenta los desarrollos tecnológicos de la última década y el advenimiento del entorno online como la ventana de explotación de obras y prestaciones fundamental en el futuro. En este nuevo ámbito, las posibilidades de conseguir un entorno más competitivo para la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual son mayores que en el mundo offline."[151]

Pues bien, si finalmente tuviésemos que apuntar un aspecto negativo recurrentemente mencionado no sólo en los dos ejemplos que

---

149 Por lo que respecta a la situación en el ámbito comunitario, véase P. PARADELA AREÁN, *La aplicación del derecho antitrust de la Unión Europea a la gestión colectiva de los derechos de autor*. Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2013.

150 Véase, por citar una, la Resolución del Consejo, Sala de Competencia, de 30 de mayo de 2019, en el expediente S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE, en la que se impone a la segunda una multa de 2.949.660 euros por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

151 COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Madrid, diciembre de 2019. Conclusión Sexta, pág. 84.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

acabamos de explicar, sino también en una amplia mayoría de críticas que reciben las sociedades de gestión colectiva, a mi entender, el principal sería el de su *falta de transparencia*. Y hay que destacar que esta necesidad de transparencia no aparece aislada como un elemento independiente, sino que a menudo nos lo encontramos vinculado a otro factor también crucial como es el de la seguridad jurídica. A mi juicio, MARISCAL GARRIDO-FALLA lo sintetizó muy acertadamente al decir que "[a]*nte las evidentes insuficiencias que presenta el sistema debemos plantearnos la búsqueda de sistemas alternativos que puedan hacer efectiva la transparencia y seguridad de nuestro sistema de gestión colectiva de derechos*."[152]

Dentro de ese contexto de búsqueda de nuevas posibilidades esbozado en los párrafos anteriores; teniendo en cuenta que transparencia y seguridad son dos cualidades inherentes a la tecnología *blockchain* y en la medida en que la cadena de bloques habilita un entorno *online* confiable y jurídicamente seguro para realizar transacciones económicas o celebrar determinados negocios jurídicos[153], parece ciertamente lógico preguntarse si esta tecnología podría ser de utilidad cuando los activos vinculados o susceptibles de ser incluidos en los bloques de información asociados a una determinada transacción a realizar vía *blockchain* constituyan obras artísticas, literarias o científicas y, además, las transacciones que sobre ellas se den encajen en la definición de actos de explotación que, conforme a lo establecido en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, debieran encontrarse sujetos a gestión colectiva por parte de estos organismos.

La respuesta para algunos autores es afirmativa y, así, se argumenta que el uso de la cadena de bloques podría permitir a las entidades de gestión colectiva adaptar mejor su sistema de licencias y de tarifas, ofreciendo posibilidades más a la medida de los usos que a día de hoy se requieren en el ámbito *online*. O'DAIR pone varios ejemplos interesantes en relación a las obras musicales que, gracias a

---

152 P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, «Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 34, enero-abril (2010), pág. 37.

153 Cfr. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain*, *op. cit.*, pág 28.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las posibilidades de la tecnología *blockchain*, facilitarían el ir más allá del sistema actual de licencias "planas"[154], haciendo realidad la subscripción de licencias de obras por autor —pensemos en quien solo está interesado en comunicar públicamente obras de un determinado artista—, o por género —para aquellos licenciatarios cuyo interés se centre en un estilo determinado y no otros—, diversificando y permitiendo nuevas escalas de tarifas, más ajustadas a la demanda[155].

Un hipotético empleo de la tecnología de bloques por parte de las entidades de gestión creo que tendría un impacto positivo en el ámbito de los múltiples costes transaccionales que tradicionalmente lastran su cuenta de resultados pues, tal y como vimos en el apartado dedicado a explicar la aplicabilidad del *blockchain* a la suscripción de contratos y acuerdos de explotación, hacer uso de esta tecnología reduciría el número de intermediarios involucrados y agilizaría notablemente el proceso de cobro de licencias. Ello podría contribuir a situarlas en una mejor posición para hacer frente, por ejemplo, a las ineficacias del mercado comunitario que algunos autores han señalado y superar la disparidad entre el beneficio potencial existente en los distintos mercados nacionales que conforman el común de la Unión Europea y el que en realidad están obteniendo, especialmente en lo que se refiere al mercado de la música *online*[156].

1.5.2.2.4. Lucha contra la infracción de derechos y la piratería digital.

Quizás una de las posibles aplicaciones más interesantes de la tecnología *blockchain* es el uso de los *smart contracts* para

---

154 M. O'DAIR, *The networked record industry*, *op. cit.*, págs. 16 y 17.

155 Resulta de interés la lectura de COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales*. IPN/CNMC/013/22. Madrid, 21 de junio de 2022; documento en el cuál la CNMC recomienda que las tarifas de las sociedades generales de propiedad intelectual se establezcan fundamentalmente en función del uso *efectivo* del repertorio.

156 Cfr. R. GHAFELE AND B. GIBERT, *Counting the Costs of Collective Rights Management of Music Copyright in Europe*. MPRA Paper No 34646, 17 October 2011, pág. 3.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

realizar labores de protección y de gestión de los derechos licenciados, respecto de las obras digitales a los que están asociados[157]. VILLARINO afirma que la tecnología de cadena de bloques

> "podría tener un impacto considerable en la lucha contra la piratería. El uso de la Blockchain podría por primera vez permitir a los consumidores comprar obras digitales de segunda mano, donarlas, prestarlas a un amigo o dejarlas como parte de su herencia (al igual que con los libros y los vinilos). Pero, lo que es más importante, lo harían asegurando que no están diseminando un conjunto de copias sin licencia."[158]

Esta visión optimista de las posibilidades de la cadena de bloques es la que, por ejemplo, impulsó en 2021 la unión de grupos empresariales tan relevantes dentro de la industria del lujo LVMH[159], Mercedes Benz o Richemont[160] en la fundación y lanzamiento del *Aura Blockchain Consortium*, asociación que tiene como uno de sus principales objetivos el desarrollo de soluciones tecnológicas basadas en la cadena de bloques que sean susceptibles no solo de facilitar la compra y venta de artículos de lujo, sino también de permitir que los adquirentes de dichos bienes puedan comprobar directamente su autenticidad, así como las transmisiones de propiedad de las que haya podido ser objeto desde el momento mismo de su fabricación[161].

Pero comencemos por el principio, recordando que los *smart contracts* no son más que sencillos programas informáticos autoejecutables incluidos de manera segura y cifrada en los bloques de información relativos a este tipo de obras, por lo que es posible establecer de antemano determinados procesos informáticos que

---

157 Véase M. SWAN, *Blockchain*, *op. cit.*, págs. 37 a 43.

158 S. VILLARINO MARZO, «Blockchain y responsabilidad de los intermediarios en línea», en P. GARCÍA MEXÍA (dir.), *Criptoderecho*, *op. cit.*, pág. 568.

159 La multinacional francesa es la matriz de 75 marcas distribuidas a lo largo de 6 diferentes sectores industriales, entre ellas, por ejemplo, Christian Dior, Loewe y Moët & Chandon. <*https://www.lvmh.com*>

160 Esta empresa suiza, por su parte, engloba marcas conocidas como Cartier, Montblanc o IWC Schaffhausen. <*https://www.richemont.com*>

161 Más información en <*https://www.auraluxuryblockchain.com*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

lancen automáticamente determinadas acciones extintivas o modificativas del uso y disfrute de las mismas, si se verifica el "incumplimiento" de alguno de los términos y condiciones pactados entre el licenciatario y alguno de los derechohabientes.

Un ejemplo lo tendríamos cuando se superase el número concreto y preestablecido de actos de reproducción digital pactados sobre la obra licenciada cuya contratación se hubiese gestionado mediante el uso de la cadena de bloques. En este supuesto y según las circunstancias establecidas con anterioridad, este "incumplimiento" podría poner en marcha determinadas acciones, desde informar a las partes de la novación modificativa del número de actos de explotación pactados, aumentándolo, si acaso, en otro tanto igual al inicialmente acordado y dejando intactas el resto de obligaciones acordadas; hasta el bloqueo y la imposibilidad de acceso por parte del licenciante a la obra desde el dispositivo que para ello hubiese sido autorizado, así como el envío automático de un aviso a ambas partes por si de su interés fuere el iniciar la negociación de un nuevo contrato.

El abanico de posibilidades es ciertamente amplio y conecta con el desarrollo e implementación por parte de la industria cultural y del entretenimiento, de medidas de gestión de derechos digitales, también denominadas *digital rights management* o DRM, entre las cuales se encuentran las medidas tecnológicas de protección contra actos no autorizados y de información electrónica sobre gestión de derechos, conforme a la configuración dada en los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptados ambos en Ginebra el 20 de diciembre de 1996[162]. A lo largo del presente apartado y en la medida en que llevamos a cabo una exposición general de un elemento interesante, pero secundario respecto del objeto primordial de nuestro trabajo, utilizaremos el término DRM como sinónimo o, si se quiere, como incluyente de los dos tipos de medidas tecnológicas apuntadas *supra*, sin entrar al detalle de las peculiaridades o diferencias que ofrecen una u otra con relación a cualesquiera de los elementos que explicaremos a continuación.

162 En sus artículos 11 y 12 y 18 y 19, respectivamente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como apunta PRENAFETA, es cierto que la base de lo que ofrece la cadena de bloques como una posible tecnología adicional para la lucha contra la infracción de derechos de propiedad intelectual ya lo permiten las modernas tecnologías DRM que nos encontramos asociadas a todo tipo de contenidos creativos en formato digital[163], pero, sin duda, soy de la opinión que el *blockchain* va más allá. Antes de comenzar la explicación de las razones que sustentan dicha conclusión, lo primero e imprescindible es diferenciar cómo operan, pese a su aparente similitud, las medidas DRM clásicas y las medidas de protección de activos de propiedad intelectual basadas en la tecnología *blockchain* y nada mejor que recurrir a unos cuantos ejemplos para ello y, *sobre todo*, comparar los aspectos positivos y negativos que ambas ofrecen[164].

Pensemos en alguna de las plataformas *online* más conocidas que ofertan contenidos musicales y audiovisuales, tales como Spotify o NetFlix, las cuales usan medidas DRM para permitir tanto que sus usuarios puedan disfrutar de una obra vía *streaming* o que la descarguen en alguno de sus dispositivos personales para su posterior escucha o visionado. En ambos supuestos, Spotify y NetFlix usan medidas DRM encriptadas para evitar que el usuario no se exceda de los usos autorizados, por ejemplo, descargando una obra cuyo visionado sólo se permite vía *streaming* o realizando copias no autorizadas de una obra descargada sólo para una posterior escucha o visionado en un momento posterior.

Contrapongamos ahora este modelo con otro en el que se apliquen medidas de protección de contenidos basadas en la tecnología *blockchain*, por ejemplo, una editorial dedicada a la venta o alquiler de libros en formato electrónico, también denominados *e-books*. Tal y como explican TRESISE, GOLDENFEIN y HUNTER, la compra o alquiler de una obra digital de dicha editorial quedaría registrada en una base de datos en la que, a modo de "libro mayor", se reflejaría dicha operación, la obra objeto de la misma, el momento

---

163 J. PRENAFETA RODRÍGUEZ, «Smart contracts…», *op. cit.*, pág. 1.

164 Seguimos para ello a lo largo de los siguientes párrafos las nítidas explicaciones y ejemplos de A. TRESISE, J. GOLDENFEIN AND D. HUNTER, «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», *op. cit.*, págs. 149 a 151.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

temporal en que tuvo lugar el alquiler o venta, así como el conjunto de derechos de uso y disfrute asociadas a la concreta modalidad de la que se trate. En el momento que el usuario quisiese iniciar la lectura desde un dispositivo electrónico, se ejecutaría una primera consulta a la base de datos de la editorial para confirmar que es lícita y, a continuación, se habilitaría a que el usuario accediese al *e-book*. Si se tratase de un alquiler y el período de licencia hubiese expirado, el usuario dejaría de tener acceso a la copia electrónica de la obra[165].

Fijémonos ahora en las diferencias entre uno y otro sistema de gestión de medidas de protección de activos intangibles y a partir de ellas veremos más claramente las ventajas que, *a priori*, parece ofrecer la cadena de bloques sobre el sistema tradicional de *digital rights management*.

La primera de ellas es que las medidas de gestión de derechos digitales de empresas como NetFlix o Spotify suelen ser propiedad de cada una de ellas, mientras que las basadas en la tecnología *blockchain*, en la medida en que derivan de una licencia de código abierto son gratuitas y no se encuentran sujetas a las restricciones habituales que en el ámbito del *software* conlleva la existencia de derechos exclusivos de propiedad intelectual e industrial sobre las mismas. Uno de los costes que para el usuario tiene el consumo de obras protegidas con tecnologías DRM de naturaleza "propietaria" es la perdida de interoperabilidad, en el sentido de que quien pague por escuchar una canción en Spotify no podrá disfrutarla en otras plataformas similares como iTunes o Tidal[166], pese a ser abonado legítimo de todas ellas y, por ejemplo, tener instalada la primera en su teléfono móvil, la segunda en su tableta y la tercera en su ordenador portátil o de sobremesa.

En suma, el coste de usar un sistema de DRM propio aumenta los costes y añade complejidad a la distribución de contenidos digitales, por lo que, siguiendo con nuestro ejemplo de las editoriales de libros electrónicos, no todas ellas pueden implementar este tipo de medidas

---

165 A. TRESISE, J. GOLDENFEIN AND D. HUNTER, «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», *op. cit.*, pág. 150.

166 *Ibidem.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y administrarlas de manera eficaz[167]. Por el contrario, y desde la óptica del gasto y de la interoperabilidad, la editorial de *e-books* de nuestro ejemplo emplea un sistema de protección de sus activos que tiene un coste muchísimo menor que, pongamos por caso, el sistema de DRM propio desarrollado por Amazon para la lectura y compra de los recursos electrónicos disponibles para su lector Kindle; al mismo tiempo que amplía su mercado a todos aquellos lectores de *e-books* libres que puedan operar con tecnología de código abierto.

La segunda diferencia entre ambas opciones de gestión de derechos digitales es que la protección vía DRM suele ir acompañada de la descarga de una serie de archivos en los dispositivos de los usuarios, algunos necesarios o relacionados con funcionamiento del sistema y otros que no lo son tanto, pero cuya instalación interesa, por los motivos que sea, exclusivamente a los derechohabientes. En un primer nivel, el problema está en que los usuarios no suelen siempre recibir información previa, clara y comprensible de qué es lo que se instala en sus equipos, lo cual plantea un evidente problema desde la perspectiva de la privacidad, si dichos archivos contuviesen algún tipo de *software* que recopilase o procesase información relativa al usuario y susceptible de ser calificada de personal. En un segundo plano, la instalación innecesaria de archivos no sólo puede puede llegar a acarrear graves problemas desde la perspectiva de la seguridad del usuario, como demostró el escándalo que afectó en 2005 a Sony BMG Music Entertainment[168], sino que también puede generar algún tipo de vulnerabilidad en dichos equipos o ser susceptible de limitar de manera abusiva por parte de los titulares de derechos de algunas de las

---

167 Cfr. A. SAVELYEU, «Copyright in the blockchain era: Promises and challenges», COMPUTER LAW AND SECURITY REVIEW, número 34 (2018), pág. 552.

168 Sobre el tema véase D. K. MULLIGAN AND A. K. PERZANOWSKI, «The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit Incident», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 22, número 3 (2007), págs. 1.157 a 1.232; y B. SCHNEIER, «Real Story of the Rogue Rootkit», WIRED MAGAZINE, Business, 17.11.2005, disponible en *<https://www.wired.com/2005/11/real-story-of-the-rogue-rootkit/>*, para un análisis técnico desde la perspectiva de la seguridad de la información.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

facultades concedidas por ley a quien ostenta la condición de usuario legítimo[169].

Ahora bien, un sistema de protección de obras del intelecto basado en la tecnología *blockchain* precisa tan solo una descarga mínima de archivos. En la mayoría de las ocasiones, simplemente uno y su finalidad es exclusivamente el facilitar al usuario ese sencillo *software* autoejecutable que, como sabemos, se denomina *smart contract* e incluye información encriptada e inmutable sobre las obras a las cuales puede acceder a partir de un determinado momento temporal, en qué condiciones y a través de qué dispositivos. Sin la descarga de ese archivo, el dispositivo del usuario no podría contactar con la base de datos de la cadena de bloques a través de la cual la editorial de nuestro ejemplo anterior protege sus obras para confirmar que, efectivamente, él sí ha adquirido un *e-book* lícitamente y el acceso o descarga de la obra en ese dispositivo debe ser autorizada.

Un tercer rasgo diferenciador nace del distinto nivel de vulnerabilidad técnica de uno y otro sistema de protección frente a acciones dirigidas a quebrantar la protección que ofrecen y, en particular, de las distintas consecuencias que el éxito de ello tendría para los titulares de derechos en uno y otro caso. En el caso de los DRM y puesto que se trata de *software* desarrollado mediante el empleo de lenguajes de programación más o menos convencionales, siempre cabe la posibilidad de que alguien con los conocimientos informáticos suficientes pueda hallar el modo de suprimirlos o neutralizarlos, dejando de este modo completamente desprotegido el acceso a la obra cuyo acceso controlan. En la práctica, reventar el "candado digital" que suponen las medidas DRM no es algo extremadamente complejo[170] ni fuera de lo común y, a menudo cuestión de días, sino de horas. La lógica consecuencia de circunvenir está medida técnica de protección es que la obra en cuestión pasará a poder ser explotada en todas y cada una de las modalidades reservadas

169 A. TRESISE, J. GOLDENFEIN AND D. HUNTER, «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», *op. cit.*, pág. 151, y A. SAVELYEU, «Copyright in the blockchain era…», *op. cit.*, pág.552.

170 A. SAVELYEU, «Copyright in the blockchain era…», *op. cit.*, pág.552.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

por ley a los titulares de derechos de autor y derechos afínes, sin límite alguno y a título gratuito.

Preguntémonos ahora qué sucedería si, pese a ser una tarea de una complejidad exponencialmente muy superior a *hackear* una medida DRM —puesto que, como hemos explicado, los *smart contracts*, al igual que el resto de datos o documentos susceptibles de ser incluidos en los archivos que pueden formar parte de los bloques de información asociados a una determinada transacción realizada mediante la tecnología *blockchain*, se encuentran cifrados electrónicamente mediante claves público-privadas de extraordinaria robustez—, aún con todo ello, alguien fuese capaz de lograrlo… ¿La consecuencia para el derechohabiente que hubiese transmitido o licenciado algún derecho sobre una determinada obra en formato digital, haciendo uso de un sistema de protección basado en la cadena de bloques sería la misma que si lo hubiese hecho acudiendo a la tecnología DRM clásica?

La respuesta es un rotundo no. En primer lugar porque en un sistema descentralizado como el *blockchain* la información relativa *a todas las transaccione*s que tienen lugar sobre los activos intangibles sujetos a estas operaciones es *transparente* y accesible para el resto de participantes en el proceso y además su validez se encuentra sometida a consenso, por lo que cualquier discrepancia entre un bloque de información o los términos de un *smart contract* que concediesen fraudulentamente una determinada facultad o derecho que contradijese lo especificado en los bloques de información u operaciones precedentes o posteriores haría, simplemente, sonar la alarma y, con total seguridad, activaría la puesta en marcha de acciones para reconducir la situación[171].

En nuestro ejemplo de la editorial comercializadora de libros electrónicos, si un usuario fuese capaz de acceder al archivo que incluye el *smart contract* con los términos de, por poner un caso, el préstamo contratado de una determinada obra para su lectura durante

[171] Téngase en cuenta lo explicado en la sección 5.2 respecto del Bitcoin pero que puede verse extrapolado a otras aplicaciones *blockchain*, en el sentido de que aquellas acciones de los pares que beneficiosas para el funcionamiento de la red o el mantenimiento de su fiabilidad, como serían la denuncia de errores o de potenciales transacciones fraudulentas son frecuentemente objeto de recompensa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un período de tiempo limitado y, además, lo suficientemente hábil como para transformar dicha licencia en una compra de un ejemplar de la misma y volver a cifrar de manera segura el archivo, en el momento en el que intentase acceder de nuevo al *e-book* en cuestión, saltaría la discordancia y aquellos participantes en la red de la editorial cuyos derechos patrimoniales se viesen afectados por el fraude, serían los primeros en actuar. Pensemos en la editorial, que no cobra lo mismo por un alquiler que una venta; pero también en el autor de la obra, que percibe a su vez de la editorial una regalía distinta en un caso y en otro; o en el traductor, si acaso la obra original fuese extranjera; o en la distribuidora nacional que hubiese licenciado a la editorial esa traducción de la obra de la cual, a su vez, tienen que rendir cuentas a la editorial extranjera, etc, etc… Nuestro ejemplo no es artificioso ni rebuscado, pues como hemos visto en apartados anteriores, los *smart contracts* pueden identificar quienes son los titulares de derechos que deben ser remunerados por la explotación online de la obra y proceder de manera inmediata al abono individualizado del *royalty* que a cada uno de ellos les correspondiese.

El segundo argumento que nos permite defender que el resultado para el titular de derechos afectado por el quebrantamiento de un sistema de protección basado en la cadena de bloques no es el mismo que en caso de la rotura del "candado digital" que ofrece la tecnología DRM es que la primera puede "bloquear" el acceso a la obra protegida no ya a nivel de archivo, sino *a nivel de dispositivo*. Esto es algo que ya esbozó SZABO a finales de la década de los años noventa del siglo pasado[172], y que deriva del diseño propio de la cadena de bloques, que obliga a que, como paso previo al primer acceso a la obra, se confirme automáticamente si las condiciones de uso pactadas siguen vigentes y coinciden con las anotadas en el "libro mayor" que contiene información completa sobre quién puede acceder a qué obra, por cuánto tiempo y cómo. Si el resultado de la comprobación es positivo el acceso a la obra se autoriza y, ya que no se encuentra alojada en la cadena de bloques, el usuario accede a ella o a la descarga, si así lo

172 Véase N. SZABO, «Formalizing and securing relationships on public networks», *op. cit.*, apartado "Content Rights Management".

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

permite el contenido de su licencia, desde una página web o repositorio digital.

Si expiran los términos de la licencia inicial y el usuario intenta acceder de nuevo a la obra, aún en el caso de que esté alojada en su equipo, la tecnología *blockchain* realiza el mismo proceso de verificación y al detectarse la discrepancia, el *smart contract* automáticamente no valida el acceso por lo cual el dispositivo no puede acceder a ella. En el improbable caso de que el archivo conteniendo el *smart contract* pudiera llegar a ser violentado y sus términos modificados, ello no "liberaría" el acceso al archivo alojado en el dispositivo del usuario, pues la anotación del archivo local no casaría con la anotación inicial hecha en el "libro mayor"[173]. Ello posibilita que, mediante la inclusión de las pertinentes instrucciones automatizadas en el *smart contract* asociado a una obra protegida mediante la tecnología *blockchain*, la caducidad de la licencia o la alteración fraudulenta de los términos de la misma *puede conllevar la imposibilidad de que desde un dispositivo concreto se pueda acceder a una obra protegida alojada en el mismo*.

Tal y como explican DE FILIPPI y WRIGHT[174], este tipo de medidas limitativas de los derechos de control y gestión de dispositivos físicos que operen haciendo uso de la tecnología *blockchain* es una consecuencia de la llegada del Internet de las Cosas, es decir, de la comercialización de todo tipo de dispositivos con capacidad para conectarse a Internet y realizar acciones rutinarias o imprescindibles de manera autónoma, conforme a las instrucciones que en el *software* que incluyen se hayan preestablecido. En el ámbito de la tecnología de bloques, el uso de estas medidas o sistemas de *property rights management* (PRM) es técnicamente posible y su aplicación se puede adaptar para que funcionen respecto a determinados dispositivos, como una tableta, del mismo modo que las medidas DRM lo hacen respecto de una obra digital, por ejemplo, un libro electrónico[175]. Ahora bien, del mismo modo que no todos los

---

173 M. FINCK AND V. MOSCON, «Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0», IIC - INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, número 50 (2019), pág. 97.

174 P. DE FILIPPI AND A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, *op. cit.*, págs.156 a 169.

175 *Ibidem*, págs.162 a 165.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dispositivos hacen uso de sistemas de protección basados en la tecnología *blockchain*, no puede negarse que para que esta solución tenga un impacto relevante en la disminución de infracciones de derechos de autor y afines, necesitaría encontrarse instalada de serie en una gran mayoría de dispositivos dirigidos al consumidor final[176].

Finalizamos este apartado con un breve comentario sobre un tipo particular de obras del intelecto respecto de las cuales sí parece existir cierta unanimidad en el sentido de que la tecnología *blockchain* podría ayudar singularmente a evitar la piratería o la infracción generalizada de los derechos de explotación derivados de las mismas. Nos estamos refiriendo al arte digital original, obras creadas en formato digital para una explotación principalmente dirigida al mercado digital, entre las que se incluyen los denominados *non-fungible tokens* (NFT) desarrollados en base a la tecnología de Ethereum y que constituyen activos digitales *únicos*, orientados hacia el coleccionismo y cuya propiedad transmite directamente el autor al comprador, certificando este personalmente la exclusividad de la pieza adquirida[177].

Diversas propuestas comerciales fueron lanzadas con cierto éxito para dar respuesta a las necesidades de este tipo específico de creadores de arte digital. Las más conocidas Ascribe[178], Monegraph[179] y Verisart[180]. También relevantes, en particular por provenir de empresas multinacionales de renombre, son KodakOne; un proyecto de Kodak que busca ayudar a fotógrafos y agencias a administar mejor la licencia de sus obras, la detección de actos de explotación en línea no autorizados y el inicio de acciones de reclamación del pago

---

176 Esa entiendo que es también la opinión de B. BODÓ, D. GERVAIS AND J. P. QUINTAIS, «Blockchain and smart contracts…», *op. cit.*, pág. 328.

177 <*https://ethereum.org/en/nft/*>

178 Véase D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, *op. cit.*, pág. 132; y M. SWAN, *Blockchain*, *op. cit.*, pág. 41. Sin funcionamiento en estos momentos. Visítese <*https://www.ascribe.io/*> para conocer las razones del cierre del proyecto.

179 <*https://monegraph.com/*>. Véase M. ZEILINGER, «Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain», PHILOSOPHY & TECHNOLOGY, volumen 31, número 1 (2018), págs. 15 a 41; D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, *op. cit.*, pág. 133; y M. SWAN, *Blockchain*, *op. cit.*, pág. 41.

180 <*https://verisart.com/*>. Véase D. TAPSCOTT AND A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution*, *op. cit.*, pág. 133.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de regalías[181]; o la puesta en marcha por parte de la editorial Warner Music Group de un proyecto para comercializar como NFTs tanto avatares de su cartera de artistas, como ediciones especiales de determinadas obras relacionadas o creadas por ellos, así como portadas digitales de álbumes firmadas por los propios artistas que en ellas apareciesen[182].

---

181 Véase M. FINCK AND V. MOSCON, «Copyright Law on Blockchains», *op. cit.*, pág 96.

182 Cfr. M. DEL CASTILLO, *Exclusive: From CryptoKitties To Cardi B: Warner Music Joins $11 Million Investment In Ethereum Replacement.* FORBES, Sep 12, 2019. *<https://www.forbes.com/sites/michaeldelcastillo/2019/09/12/exclusive-from-cryptokitties-to-cardi-b-warner-music-joins-11-million-investment-in-ethereum-replacement/#2f26ec8e2b21>*; y WARNER MUSIC GROUP, *Warner Music Group and Genies Sign Partnership to Bring WMG's Roster of Artists to Life as Avatars.* April 30, 2021. *<https://www.wmg.com/news/warner-music-group-and-genies-sign-partnership-bring-wmgs-roster-artists-life-avatars-35396?cmpid=wmg/twitter/tweet-button/news-detail>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2. EVOLUCION HISTÓRICO TECNOLÓGICA DEL DESARROLLO DE APLICACIONES P2P PARA EL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS EN RED

2.1. INTRODUCCIÓN: DE NAPSTER A PIRATE BAY Y MÁS ALLÁ.

Del amplio abanico de posibilidades de empleo de la tecnología P2P a través de Internet, las aplicaciones destinadas al intercambio de archivos son, sin duda alguna, las más populares, pero también las más antiguas.

Uno de sus antecedentes más conocidos son los denominados "sistemas de tablón de anuncios" o *Bulletin Board Systems* (BBS), las cuales permitían a sus usuarios intercambiar mensajes y archivos, lo que las convirtió, en opinión de algunos autores, en las primeras aplicaciones P2P destinadas a este fin[1]. El primer BBS en aparecer fue el *Computer Bulletin Board System* o CBBS, en el año 1978. Le seguiría en 1979, adquiriendo en poco tiempo gran popularidad y un importante número de usuarios, Fidonet[2]. Y a este muchos, hasta el punto de que, en 1996 se calculaba que había unas 120.000 BBS operativas sólo en Estados Unidos[3]. Sin duda, desde una perspectiva

---

1 V. SOROKA, M. JACOVI AND Y. S. MAAREK, «"Let Me Know What You Know" Reach Out as a Model for a Peer-to-Peer Knowledge Sharing Network» en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer Computing: The Evolution of a Disruptive Technology*. London, Idea Group Publishing, 2005. Pág. 230.

2 Véase J. NAUGHTON, *A brief history of the future; The origins of the Internet.* London, Weidenfeld & Nicolson, 1999. Págs. 184 a 189; y E. A. CAVAZOS AND G. MORIN, *Cyberspace and the Law*. 4th edition. Cambridge, The MIT Press, 1996. Págs. 5, 10, 11 y 59.

3 E. A. CAVAZOS AND G. MORIN, *Cyberspace and the Law, op. cit.*, págs. 9 y 10.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

histórica, la BBS más importante es Usenet[4]. Este sistema de tablón de anuncios se estructura en miles de discusiones sobre los más variados temas, siendo posible que, en el contexto de una de estas discusiones y mediante el empleo de diversos protocolos, un ordenador se ponga en contacto con otro, copie una serie de archivos o mensajes de este y a continuación cierre la conexión, todo ello sin la intervención de un servidor central o sistema centralizado que dirija el intercambio[5].

En contra de lo que pudiera parecer, las BBS mantienen intacta su funcionalidad y siguen siendo empleadas para el intercambio de archivos, lo cual en no pocas ocasiones tiene lugar en infracción de derechos de propiedad intelectual y ha dado origen a actuaciones judiciales de relevancia como, por citar tan solo algunos ejemplos, en Estados Unidos con el caso Usenet[6], el asunto Newzbin en el Reino Unido[7] y el procedimiento en Países Bajos contra el proveedor de servicios de acceso a Usenet, News-Service[8], sin embargo, su uso es notablemente inferior al de otros tipos de aplicaciones P2P desarrolladas con posterioridad para el intercambio de archivos.

En los epígrafes siguientes analizaremos los que, a mi juicio, constituyen los tres modelos principales de aplicaciones P2P de

---

4 Véase J. NAUGHTON, *A brief history of the future, op. cit.*, págs. 178 a 183; y, en general, M. HAUBEN AND R. HAUBEN, *Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet*. Los Alamitos, IEEE Computer Society Press, 1997.

5 M. MINAR AND M. HEDLUND, «A network of peers; Peer-to-Peer models through the History of the Internet», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001. Págs. 5 a 7.

6 *Arista Records LLC* v. *Usenet.com, Inc.*, 633 F. Supp. 2d 124, 133 (S.D.N.Y. 2009).

7 En marzo de 2010, el Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales condenaba al BBS británico Newzbin por facilitar y promover la infracción de derechos de propiedad intelectual entre sus usuarios. *Vid. Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor* v *Newzbin Ltd* [2010] EWHC 608 (Ch); D. MEALE, «Online service provider's liability for the activities of its users», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 5, número 7 (2010), pág. 491 y ss.; y J. TUMBRIDGE, «A Cunning Fox Defeats the Pirates: 20th Century Fox v Newzbin», EIPR, volumen 33, número 6 (2011), pág. 401 y ss.

8 En el que el tribunal llegaba a una conclusión similar al del caso Newzbin, obligando a News-Service.com, a eliminar todos los mensajes que puedan infringir derechos de propiedad intelectual en el plazo máximo de cuatro semanas o enfrentarse a una multa de 50.000 euros diarios. *Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland v. News-Service Europe B. V. Rechtbank Amsterdam, 434569 / HA ZA 09-2443, vonnis van 28 september 2011.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intercambio de archivos desarrollados desde finales de los noventa hasta la actualidad, prestando atención a las particularidades técnicas básicas de cada uno de ellos y a las diferencias y evolución que cada modelo supuso respecto del anterior.

2.2. NAPSTER.

Diseñada exclusivamente para el intercambio de archivos de música en formato MP3, Napster fue la primera aplicación y red P2P en gozar de gran relevancia[9], superando el éxito de propuestas anteriores como el *software* Hotline Connect. Tras su lanzamiento en julio de 1999, en apenas nueve meses Napster contaba con diez millones de usuarios, cifra que rondaría los ochenta millones un año y medio más tarde[10]. En su último mes de actividad se estima que sus usuarios llegaron a intercambiar aproximadamente 2.079 millones de archivos[11].

Empleando la terminología de la clasificación básica de redes de comunicaciones de BARAN que explicamos en el cápitulo anterior, podríamos decir que Napster era una red distribuida de naturaleza híbrida, pues contaba con un punto central al cual se conectaban el resto de nodos de la red, de tal modo que *toda* búsqueda o transferencia de información entre los puntos situados en alguno de

---

9 De entre la abundante literatura jurídica existente, véase R. GIBLIN, *Code Wars. 10 Years of P2P Software Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2011. Págs. 15 a 17; R. S. ROSEN, *Music and Copyright*. New York, Oxford University Press, 2008. Págs. 559 a 561; W. LANDES AND D. LICHTMAN, «Indirect Liability for Copyright Infringement: Napster and Beyond», JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, volumen 17, número 2 (2003), pág. 113 y ss.; T. WU, «When Code Isn't Law», VIRGINIA LAW REVIEW, volumen 89, número 4 (2003), pág. 679 y ss.; P. J. ALEXANDER, «Peer-to-Peer file sharing: the case of the music recording industry», REVIEW OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, Volumen 20 (2002), pág. 151 y ss.; D. G. POST, «His Napster's Voice», en A. THIERER AND C. W. CREWS (eds), *Copy Fights; The Future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington, CATO Institute, 2002. Págs. 107 a 124; M. LANDAU, *Digital Downloads, Copy Code, and U.S. Copyright Law*. 16th BILETA Annual Conference, April 9th - 10th, 2001. University of Edinburgh, Scotland; L. LESSIG, *The Future of Ideas; The Fate of the Commons in a Connected World*. New York, Vintage Books, 2001. Págs. 130 y ss., 194 y ss.; y D. BALABAN, «The Battle of the Music Industry; The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and more», FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, volumen 12 (2001), pág. 235 y ss.

10 L. LESSIG, *Free Culture; The Nature and Future of Creativity*. New York, Penguin, 2004. Pág. 67.

11 W. W. FISHER III, *Promises to Keep; Technology, Law and the Future of Entertainment*. Stanford, Stanford University Press, 2004. Pág. 111.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

los extremos tenía que pasar necesariamente por dicho servidor central, siendo *imprescindible* la coordinación del nodo central para el correcto desarrollo de las funciones propias de la red.

El funcionamiento de la red conforme a este patrón era relativamente sencillo. Tras la descarga gratuita y la instalación del *software* necesario desde la página web de Napster, el usuario estaba en condiciones, previo registro, por un lado, de acceder a un listado de los archivos de música existentes en una carpeta específica del disco duro de todos aquellos que se encontrasen conectados a la red en ese momento, al objeto de proceder a su descarga si alguno fuese de su interés, y, por otro, de poner a disposición del resto de usuarios sus propios archivos MP3, simplemente incluyéndolos en la carpeta compartida asociada al cliente Napster.

Al inicio del proceso de búsqueda de archivos, la aplicación estaba programada para conectarse a la web de Napster donde todas las peticiones de la red eran gestionadas a través del uso de este directorio que contenía información sobre todos los MP3 disponibles a través de la red, tomando como referencia el nombre del archivo, información que se iba recopilando y actualizando constantemente cada vez que un usuario se conectaba o desconectaba a la misma. Al llegar una petición el servidor de Napster remitía al usuario, tras consultar dicho índice, una lista de los pares que disponían el archivo deseado en su carpeta compartida[12]. Este listado se mostraba dentro de la aplicación y el usuario, una vez elegido un archivo de la lista de disponibles, tan sólo tenía que hacer clic en el mismo para que se abriese un hipervínculo web[13] con la dirección IP del ordenador que

---

[12] D. SCHODER, K. FISCHBACH AND C. SCHMITT, «Core concepts in Peer-to-Peer networking», en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005. Pág. 10.

[13] Es decir, un enlace que hace uso del protocolo HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y que dirige a la localización de un determinado recurso disponible en Internet. A lo largo de este trabajo hablaremos de diferentes tipos de hipervínculos en función del protocolo que empleen, como por ejemplo los enlaces HTTP, FTP (*File Transfer Protocol*) o P2P. Si bien es cierto que la doctrina ha venido clasificando los hipervínculos en simples o de superficie, ensamblados, profundos y P2P, soy de la opinión que resulta de gran interés atender también a un modelo clasificatorio basado en el lenguaje informático que cada enlace electrónico emplea para cifrar las instrucciones que permitirán a la aplicación encargada de abrirlo el poder llegar al recurso enlazado. La razón principal es que el comportamiento técnico de la aplicación es diferente según el tipo de instrucciones contenidas en el hipervínculo y, en

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

poseía ese MP3. La descarga se realizaba entonces de manera directa desde esta única fuente, de punto a punto, de disco duro a disco duro para ser más precisos, sin la intervención del servidor central ni el almacenamiento del archivo en ningún punto intermedio de la red[14]. Una vez concluido este proceso, el archivo se encontraba disponible en la carpeta compartida del ordenador de destino.

En definitiva, el directorio informaba al usuario del nivel de disponibilidad, simplificando la búsqueda y dirigiendo al solicitante al disco duro de quien, de entre todos los millones de usuarios de la red creada por Napster, disponía en aquel momento del MP3 en el que estaba interesado[15]. Este sistema centralizado de búsqueda, prototípico del modelo servidor/cliente de diseño de aplicaciones[16], hacía que los usuarios dependiesen totalmente de la mediación del servidor central para la búsqueda y descarga de archivos[17], con los inconvenientes que adelantamos en nuestra descripción de dicho modelo en apartados anteriores.

En relación con el sistema de puesta a disposición de MP3, el usuario tan sólo tenía que desplazar un determinado archivo a la carpeta compartida asociada a la aplicación Napster para que éste fuese incorporado al directorio del servidor central y, a partir de ese momento, cualquier usuario de la red podría ya iniciar su descarga. Es interesante destacar que, si bien podemos hablar de una función de carga o *uploading*, realmente el archivo no se cargaba en ningún servidor ni punto intermedio de la red[18]. Cuando alguien solicitaba

---

consecuencia, las implicaciones jurídicas para quien activa o comparte el enlace varían también. Analizaremos la cuestión con más detalle en el epígrafe 5.7.3 del Capítulo Quinto del presente trabajo.

14 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, «Peer-to-Peer networks for content sharing», en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005. Pág. 37.

15 Para un esquema simplificado del funcionamiento de Napster, véase, por ejemplo, I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *From P2P and grids to services on the Web; Evolving distributed communities*. London, Springer-Verlag, 2009. Págs. 120 y 121. Sobre su protocolo de funcionamiento, C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, págs. 37 a 43.

16 Cfr. C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 35.

17 B. LEUF, *Peer to Peer; Collaborating and sharing over the Internet*. Indianapolis, Addison–Wesley, 2002. Pág. 191.

18 Existen redes P2P en las cuales los nodos intermedios almacenan los archivos que los pares comparten haciendo uso de las mismas. El ejemplo más conocido es Freenet. Véase

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

este recurso, el cliente conectaba los dos computadores y el intercambio se producía de equipo a equipo.

La distinción entre los actos de carga y los de descarga o *downloading* como actividades independientes es una de las características primigenias del modelo centralizado del cual Napster es ejemplo paradigmático. De acuerdo con el mismo y yendo a las situaciones más extremas, era perfectamente posible que hubiese usuarios que sólo compartían archivos y encontrar usuarios que sólo descargaban archivos sin compartir ninguno, fenómeno éste último conocido como *freeriding*.

El alto nivel de centralización del modelo Napster, unido a la ofensiva legal iniciada contra quienes siguieron este primer modelo de aplicaciones de intercambio de archivos a través de redes P2P, objeto de estudio en posteriores apartados, dieron lugar en un margen breve de tiempo a la aparición de un segundo modelo orientado a superar las deficiencias técnicas de Napster y evitar la responsabilidad legal de los desarrolladores de este tipo de aplicaciones[19]. Sin embargo, esta circunstancia no supuso el abandono automático del modelo[20], y existen en la actualidad importantes aplicaciones diseñadas en base a él, en buena medida por las bondades que su arquitectura centralizada ofrece a aquellos programadores preocupados en mantener un cierto nivel de control sobre la red y el tráfico que se desarrolla a través de ella. El ejemplo más destacable y en pleno funcionamiento hoy en día es SoulSeek[21], un *software* P2P para el intercambio de archivos diseñado en 2000 por un antiguo programador de Napster[22], basado en este primer modelo de arquitectura de aplicaciones y que cuenta, entre otros elementos, con un servidor central que coordina las búsquedas y

---

I. CLARKE ET AL, «Freenet: A Distributed Anonymous Information Storage and Retrieval System», Workshop on Design Issues in Anonymity and Unobservability. International Computer Science Institute (ICSI), Berkeley, California. July 25-26, 2000.

19 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 57, 58 y 64.

20 Como parece sostener, por el contrario, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Granada, Editorial Comares, 2010. Pág. 226.

21 *<http://www.slsknet.org>*

22 M. FERRARIO ET AL, *Open Media Remixing and Sharing*. University of California, Berkeley. School of Information Management and Systems. Pág. 2. Disponible *online* en: *<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.122.3832&rep=rep1&type=pdf>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las incorporaciones de usuarios a su red[23], lo que le permite, en particular, bloquear el acceso de aquel usuario que no cumpla las normas propias de funcionamiento de su red propia, como por ejemplo cuando se conectan más de cinco usuarios desde la misma dirección IP[24].

2.3. GNUTELLA Y SUS DERIVADOS.

En el momento del ocaso de Napster un número importante de desarrolladores se encontraban trabajando en la búsqueda de un nuevo modelo para el intercambio de archivos que superase los problemas técnicos de aquel. Gnutella y eDonkey fueron los frutos más notables e interesantes de aquellos esfuerzos, pero no los únicos. En este apartado explicaremos las principales características y diferencias de todos ellos.

2.3.1. El primer Gnutella.

Gnutella fue inicialmente concebido por la compañía Nullsoft como un prototipo de aplicación P2P para el intercambio de archivos[25], desarrollado y distribuido bajo una licencia pública de código abierto[26]. Tras la adquisición de la empresa por America

---

23 J. LLORET MAURI ET AL, «The Popularity Parameter in Unstructured P2P File Sharing Networks». 4th WSEAS International Conference on Applied Informatics and Communications, Puerto de la Cruz, Tenerife (Spain), December 17-19, 2004. Pág. 3.

24 Véase <*http://www.slsknet.org/rules.html*>

25 G. KAN, «Gnutella», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001. Págs. 95 y 96.

26 La GNU *General Public License* fue la primera de un tipo de licencias conocidas como *copyleft*, que surgieron a mediados de los ochenta dentro del ámbito del *software* libre con el objetivo de evitar que el código fuente de cualquier aplicación informática pudiese ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Su razón de ser es garantizar la investigación y el progreso de la ciencia informática mediante el libre acceso a dicho código fuente. Véase <*http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html*>; J. GAY (ed), *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. Soho Books, 2010. Págs. 91 y ss. y 191; S. WEBER, *The Success of Open Source*. Cambridge, Harvard University Press, 2004. Capítulo 2; VV.AA., *Copyleft: Manual de Uso*. Madrid, Traficantes de Sueños, 2006; sobre su reconocimiento judicial véase, en Francia, B. LAMON, «Validity of GPL License – Société EDU 4 v. AFPA», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3, 15 de junio (2010), pág. 93 y ss.; y, en lo que se refiere a España, intenté hacer una humilde aportación en R. IGLESIAS POSSE, «The legal status of copyleft before the Spanish courts», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 4, número 11 (2009), pág. 815 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Online (AOL) el proyecto fue cancelado, aún a pesar del gran interés que había generado como alternativa a Napster[27], debido posiblemente a la poca simpatía que un *software* de esta naturaleza despertaba en Warner Music y EMI, compañías con las que AOL se encontraban en conversaciones por aquel entonces para una posible fusión[28]. Sin embargo y a partir de los miles de copias de la aplicación que se encontraban en circulación, el código fuente fue descifrado y su protocolo mejorado por desarrolladores de *software* libre. En la actualidad, Gnutella puede ser considerado un término genérico que, además de dar nombre a un protocolo, hace referencia a la tecnología de código abierto desarrollada a partir de él y a una determinada red P2P[29].

Gnutella encarnó la evolución de la arquitectura de aplicaciones P2P mediante la superación del modelo centralizado de Napster gracias a un nuevo diseño distribuido completamente puro que permitía la transferencia de todo tipo de archivos sin tener que confiar la administración de la red a servidor central alguno[30], en un entorno donde todos los nodos eran jerárquicamente iguales y no había un sistema que controlase, coordinase o facilitase los intercambios de información entre pares.

A diferencia de las aplicaciones tipo Napster, en las que cada búsqueda de archivos implica la conexión a una página web o a un nodo central para la gestión de la misma, la búsqueda en la aplicación Gnutella original se ponía en marcha a partir de la conexión arbitraria con un par cualquiera de la red de entre aquellos más próximos a quien la iniciase. La solicitud de información se distribuía entonces sin ningún tipo de ordenación entre el resto de pares —también denominados *servents* en este modelo—, hasta ser localizado el

---

27 B. LEUF, *Peer to Peer; Collaborating and sharing over the Internet*. Indianapolis, Addison–Wesley, 2002. Págs. 193 y 194.

28 D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *Peer-to-Peer computing*. HPL-2002-57 (R.1). HP Laboratories, Palo Alto, 2003. Pág. 35.

29 B. LEUF, *op. cit.*, pág. 194.

30 Véase T. WU, *op. cit.*, pág. 727 y ss. Para una descripción técnica de Gnutella, véase I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *op. cit.*, págs. 181 a 196; y CLIP2 / THE GNUTELLA DEVELOPER FORUM, *The Annotated Gnutella Protocol Specification v0.4*. Disponible online en: <*http://rfc-gnutella.sourceforge.net/developer/stable/index.html*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

archivo deseado en alguno de los nodos de la red[31]. En ese momento, cierta información sobre el archivo, principalmente su tamaño, nombre y localización, conocida como *metadata*[32], era reenviada siguiendo el sentido inverso de la búsqueda hasta alcanzar el nodo origen de la misma, estableciendo el *software* de Gnutella una conexión entre los dos puntos de la red e iniciando la descarga de archivos directamente de disco duro a disco duro[33], pudiendo mantenerse la distinción entre actos independientes de carga y descarga como plenamente válida.

Al haber sido puesto en circulación a través de una licencia de código abierto, Gnutella no se encontraba sujeta a las restricciones propias del derecho de autor, lo cual, además de garantizar la libre reproducción, transformación y distribución de la aplicación original, obligaba a que cualquier obra derivada debía de estar disponible en las mismas condiciones. Esta característica ha facilitado que el protocolo Gnutella, en sus diferentes versiones, haya sido empleado como lenguaje de comunicación básico de múltiples aplicaciones de intercambio de archivos como LimeWire, BearShare o Phex, permitiendo que, por una parte, sus usuarios se pudiesen conectar a la misma red usando indistintamente alguno de estos clientes, y que, por otro lado, se diese un alto índice de interoperabilidad entre redes, al ser posible que los nodos de cualquier red pudiesen servir de punto de conexión con otras redes que hiciesen uso también de Gnutella.[34] En este sentido y a diferencia del modelo Napster, los usuarios de aplicaciones creadas usando el protocolo Gnutella no estaban circunscritos necesariamente a una única red, ni éstas a una única aplicación.

---

31 B. LEUF, *op. cit.*, págs. 195 a 197.

32 Esta "información sobre la información" describe, en un contexto digital, el contenido, la calidad, la condición y otras características sobre dichos datos. D. BARKAI, *Peer-to-Peer computing: Technologies for sharing and collaborating on the Net*. Hillsboro, Intel Press, 2002. Pág. 303.

33 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 46; G. KAN, *op. cit.*, pág. 19; y I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

34 B. LEUF, *op. cit.*, págs. 196 y 210.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A pesar de estas ventajas, el modelo Gnutella adolecía de ciertos problemas derivados precisamente de su naturaleza pura[35]. En primer lugar, Gnutella no distinguía eficientemente entre usuarios con conexiones de banda ancha, que podían transmitir información de manera rápida, y usuarios con conexiones más lentas, a pesar de que en su diseño se delegaba en los *servents* con mejor conexión el peso principal del tráfico de la red[36]. En la práctica, la velocidad de una solicitud de información se veía limitada a la velocidad del *servent* con la conexión más lenta de toda la cadena de búsqueda[37]. En segundo lugar, en situaciones de alta densidad de usuarios, se producían problemas en el intercambio de mensajes entre *servents*[38] y la red perdía operatividad[39]. Finalmente, se producían frecuentes fallos durante el proceso de descarga[40], no favoreciendo el sistema que todos los *servents* compartiesen sus archivos, llegando en ocasiones a darse que sólo un 10% de ellos lo hacía, mientras que el 90% restante sólo descargaba [41].

2.3.2. FastTrack, Gnutella 2 y MP2P.

Para tratar de solucionar todos los fallos de Gnutella, una segunda generación de protocolos comenzó a ser desarrollada. Uno de los más relevantes fue FastTrack[42], diseñado por la compañía europea KaZaA y empleado, además de por la aplicación KaZaA, por los rápidamente

---

35 *Vid.* T. HONG, «Performance», en A. ORAM (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001. Págs. 231 a 241.

36 G. KAN, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

37 B. LEUF, *op. cit.*, págs. 122 a 124.

38 G. KAN, *op. cit.*, págs. 112 a 117.

39 R. FLENNER ET AL, *Java P2P unleashed*. Indianapolis, Sam Publishing, 2003. Pág. 18.

40 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 52.

41 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 52. Véase E. ADAR AND B. HUBERMAN, «Free Riding On Gnutella», FIRST MONDAY, volumen 5, número 10 (2000) y D. HUGHES, G. COULSON AND J. WALKERDINE, «Free Riding On Gnutella Revisited; The Bell Tolls?», IEEE DISTRIBUTED SYSTEMS ONLINE, volumen 6, número 6 (2005); y T. HONG, «Performance», en A. ORAM (ed), *op. cit.*, págs. 238 a 239.

42 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, págs. 55 a 57. En el caso concreto de Morpheus la aplicación comenzó usando FastTrack para luego volver a Gnutella y posteriormente ir cambiando a otros protocolos. En nuestro país es necesario destacar el desarrollo del protocolo MP2P por parte de Pablo Soto, sobre el que hablaremos a continuación. Véase. *<http://www.mp2p.net/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

populares clientes Grokster y Morpheus[43]. Los tres establecían una jerarquización entre nodos, de tal manera que aquellos que gozaban de mayor ancho de banda, también denominados supernodos[44], pasaban a coordinar las búsquedas iniciadas por el resto de pares, ayudando a estabilizar la conexión de éstos a la red y a reducir el tráfico en la misma. Las búsquedas no eran ya genéricas como en el primer Gnutella, donde cada una recorría toda la red por completo, sino selectivas[45]. De cara a poder realizar mejor su labor, los supernodos disponían de bases de datos con información sobre todos los archivos almacenados en los nodos directamente conectados con cada uno de ellos[46]. En definitiva, los nodos eran organizados jerárquicamente en función de su velocidad de conexión y se habilitaba el uso de directorios por parte de los supernodos que, en la práctica, eran los que llevaban el peso del funcionamiento de la red.

A una solución parecida llegó también la propia Gnutella, empleando a lo que denominó *ultrapeers*[47] como equivalentes funcionales de los supernodos en FastTrack. Tanto esta segunda generación de Gnutella, o Gnutella 2, como los clientes desarrollados en base a FastTrack, optaban en definitiva por un diseño híbrido, incorporando cierto grado de coordinación mediante la participación de determinados nodos y el uso de bases de datos con el fin de optimizar el proceso de búsqueda e intercambio. Sin constituir redes propias, evitando caer en el diseño de control centralizado prototípico de Napster y huyendo de buena parte de los problemas derivados del modelo completamente descentralizado del primer Gnutella, esta segunda generación de aplicaciones P2P ofrecía mejores resultados y una escalabilidad superior, lo cual los convirtió en clientes de gran popularidad para el intercambio de archivos.

---

43 D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *op. cit.*, pág. 36.

44 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 53; y B. LEUF, *op. cit.*, pág. 209.

45 J. LLORET MAURI ET AL, «The Popularity Parameter in Unstructured P2P File Sharing Networks», *op. cit.*, pág. 2.

46 C. H. DING, S. NUTANONG AND R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 57.

47 T. KLINGBERG AND R. MANFREDI, *Gnutella 0.6*, June 2002. Disponible *online* en: <*http://rfc-gnutella.sourceforge.net/src/rfc-0_6-draft.html*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Dentro del conjunto de esfuerzos que, partiendo del primer Gnutella, pretendieron avanzar en el desarrollo de programas de intercambio de archivos, es necesario hacer también referencia al trabajo del programador español Pablo Soto quien, partiendo del mismo, ha desarrollado el protocolo denominado MP2P y tres aplicaciones P2P de cierta relevancia creadas a partir de este: Blubster, Piolet y Manolito. Resulta oportuno describir a continuación, al menos brevemente, los rasgos principales de sus aportaciones técnicas a la cuestión objeto de nuestro estudio.

Como acabamos de explicar, el primer Gnutella se caracterizaba porque el acceso a la red y la búsqueda de recursos no tenía lugar gracias a la intervención de un nodo o servidor central que, como en el caso de Napster, permitía y coordinaba ambos procesos, sino que se llevaba a cabo a partir de la conexión arbitraria con un par cualquiera de los conectados a la red, de entre los más próximos a quien los iniciase. Sin embargo y como novedad con relación al primer proceso, el *software* de Pablo Soto empleaba un sistema denominado de "puertas de enlace"[48] con el fin de conseguir que sus aplicaciones pudieran conocer la localización de otros usuarios de la red y, de este modo, conectarse a ella más rápidamente. Conforme al mismo, cuando el usuario instalaba el cliente P2P en su equipo por primera vez, el *software* se conectaba automáticamente con una página web de la respectiva empresa explotadora[49] en la que había unas cien direcciones IP de usuarios separadas por asteriscos[50]. La aplicación comenzaba a usarlas, una tras otra, hasta encontrar alguna activa con la que pudiera establecer comunicación y, a partir de ahí, acceder a la red Blubster, Piolet o Manolito. Si ninguna respondiese, el programa reiniciaría la conexión con la puerta de enlace para que ésta le mostrase otras cien nuevas direcciones IP y repetiría nuevamente el proceso una y otra vez, hasta tener éxito.

---

[48] Disponibles en su momento a través de las direcciones de Internet *<http://www.mp2p.net/mp2p.html>* y *<http://www.blubster.com/technology.htm>*

[49] Localizadas en su momento en las URLs: *<http://www.blubster.com/gateway/>*, *<http://www.piolet.com/gateway/>* y *<http://www.manolito.com/gateway/>*

[50] La publicación de direcciones IP en páginas web al objeto de permitir la conexión a la red P2P de nuevos usuarios era un recurso también empleado para el acceso a Gnutella. Cfr. D. S. MILOJIČIĆ ET AL, *op. cit.*, pág. 36.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Todas estas direcciones formaban parte de una base de datos de varios millones que, además y en forma de archivo encriptado, se incluía en cada una de las tres aplicaciones[51]. Parece lógico pensar que el paquete de instalación de cada uno de estos programas, el cual descargaban los usuarios desde las páginas web de Blubster, Piolet y Manolito, incluía ya dicho archivo y que la obtención de direcciones IP procede del mismo *software* y este, una vez instalado y en funcionamiento, informaba de la dirección asociada al usuario que estaba haciendo uso de cada una de estas tres aplicaciones. Puesto que el acceso a una página web es más rápido que a una base de datos de este tamaño, el programa acudía a la puerta de enlace cuando se ponía en marcha por primera vez. Posteriormente, la aplicación recurriría a una memoria caché local emplazada en el disco duro del equipo, donde se habrían registrado a tal fin las direcciones empleadas con éxito, cuyo acceso era aún más rápido y permitía una conexión a la red más ágil.

Las peculiaridades del trabajo de Pablo Soto y su responsabilidad por el desarrollo del protocolo MP2P, así como el de las sociedades explotadoras de las aplicaciones P2P Blubster, Piolet y Manolito, han sido objeto de análisis judicial en nuestro país[52]. Las conclusiones de los tribunales españoles serán explicadas más adelante, en el Capítulo Quinto de este trabajo[53], que es el dedicado a comentar las resoluciones más relevantes dictadas en el marco de los procedimientos judiciales iniciados en todo el mundo en relación con los cuatro modelos de aplicaciones P2P de intercambio de archivos ahora detalladas.

2.3.3. eDonkey2000.

Interesa también destacar la aparición de eDonkey2000, una aplicación P2P para el intercambio de archivos diseñada por la

---

[51] Seguimos la descripción dada por el propio Pablo Soto en 2003 y disponible en su momento en un hilo del ya desaparecido foro *Unite the Cows*: *<http://www.unitethecows.com/mp2p-piolet/21165-gateways.html>*

[52] Sentencias 244/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 25 de noviembre, y 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo.

[53] En concreto en el epígrafe 5.9.2.3.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

empresa norteamericana MetaMachine. Empleando el protocolo conocido como *Multisource File Transfer Protocol* (MFTP), eDonkey2000 hacía uso de su propia red, la conocida como red eDonkey y, posteriormente, de la red Overnet.

Desde un punto de vista teórico, la red eDonkey constituía un sistema distribuido de naturaleza híbrida que funcionaba en un principio de acuerdo con el esquema centralizado de Napster[54], adoptando poco a poco un modelo mucho más descentralizado con varios servidores encargados de gestionar el acceso, la búsqueda y el intercambio de información que tenía lugar en la red, permitiendo que, por ejemplo, en la práctica las búsquedas se realizasen en la totalidad de los recursos puestos a disposición de la red por todos los pares participantes y que los usuarios de la aplicación pudiesen cambiar los servidores a los que se conectaban por otros más próximos o con recursos de mayor interés[55]. Para conseguirlo los servidores estaban coordinados entre sí y almacenaban bases de datos con información sobre los recursos disponibles en los pares conectados a cada uno de ellos.

El proceso de búsqueda se iniciaba tras la conexión del par a un servidor o *login* con la petición de localización por parte del primero de un determinado recurso. El servidor contestaba entonces ofreciendo un listado de archivos que concuerdan con los parámetros de búsqueda y su posible localización en ciertos pares de la red. Haciendo clic sobre el archivo elegido la transmisión se iniciaba entre los dos pares participantes. Si el recurso buscado no se encontraba disponible, el servidor al que llegaba la petición en primer lugar recurría al listado de servidores de la red para encontrar un servidor próximo y transmitirle la petición[56]. El modelo es, funcionalmente hablando, similar al proceso que llevan a cabo los supernodos en

---

[54] ZEROPAID. *Interview: Jed McCaleb from eDonkey2000*. May 3, 2002. <*http://www.zeropaid.com/news/983/zeropaid_interview_jed_mccaleb_from_edonkey2000/*>

[55] Véase THE WASHINGTON POST. *TechNews: Future of File Sharing*. May 13, 2004. <*http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A21560-2004May12.html*>

[56] O. HECKMANN AND A. BOCK, «The eDonkey 2000 Protocol». Department of Electrical Engineering & Information Technology and Department of Computer Science, Darmstadt University of Technology. KOM Technical Report 08/2002, version 0.8, December 2002. Págs. 3 y 4.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FastTrack o los *ultrapeers* en Gnutella 2. La diferencia principal radica en que los supernodos y *ultrapeers* son pares parte de la red, computadores de usuarios participantes que, por contar con un mayor ancho de banda coordinan y ayudan en el proceso de búsqueda, mientras que los servidores de eDonkey no forman parte de la red en el sentido que no son pares que intercambian recursos de su interés, sino que son computadores remotos empleados para facilitar esta función a los pares participantes, gestionando información sobre los archivos compartidos y la localización de los pares a ellos conectados[57].

Desde un punto de vista técnico, eDonkey2000 generalizó tres elementos novedosos en la arquitectura de aplicaciones P2P.

En primer lugar, el protocolo MFTP identificaba los archivos por su contenido y no simplemente por su nombre, empleando una serie de algoritmos matemáticos conocidos como función *hash*, representando aquellos de manera unívoca y facilitando enormemente su reconocimiento y búsqueda en la red[58]. En el caso de que dos pares tengan, por ejemplo, el mismo archivo, aunque con diferente nombre, la función *hash* nos permite saber si se trata del mismo recurso o no, mediante la comprobación de la suma de los valores *hash* asociados a cada archivo.

En segundo lugar, eDonkey permitía también el acceso indirecto a los recursos disponibles en esta red a través de un sistema propio de hipervínculos. Los conocidos como enlaces eD2k hacían posible que, mediante el uso de cualquier navegador, un archivo pudiese ser identificado a partir de ellos para luego ser descargado por el cliente eDonkey2000 instalado en nuestro equipo.

Un enlace eD2k, a diferencia de un hipervínculo web, dirige a la localización de recursos disponibles sólo a través de la red eDonkey mientras que el segundo direcciona a recursos disponibles en

---

57 O. HECKMANN AND A. BOCK, «The eDonkey 2000 Protocol», *op. cit.*, pág. 2; y O. HECKMANN ET AL, «The eDonkey File-Sharing Network». Multimedia Kommunikation (KOM), Technische Universität Darmstadt, 2004. Pág. 2.

58 Sobre esta función, véase, en general, U. MANBER, *Introduction to Algorithms; A Creative Approach*. Reading, MA, Addison-Wesley, 1989. Págs. 78 y 79.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Internet[59]. Si queremos dar a conocer la existencia o disponibilidad de un recurso en eDonkey, podemos ponerlo en la carpeta compartida asignada por nuestra aplicación a esta red y aquellos que estén conectados a ella podrán descargase dicho archivo o, mediante la creación de un hipervínculo eD2k al mismo, podemos hacerlo público a cualquier navegante o usuario de Internet mediante su inclusión en un foro, página web o lista de correo.

Si deseo obtener una copia de La Colmena, por ejemplo, puedo conectarme a eDonkey e iniciar una búsqueda entre los pares conectados o rastrear Internet a la búsqueda de un enlace que redireccione a una determinada copia de la obra de Cela localizada en algún punto de esta red, generalmente empleando algún buscador web específico como FileHash[60], Sharethefiles[61] o SharesoulP2P[62], o bien modificando los parámetros de búsqueda de buscadores web genéricos como Google para restringir la búsqueda a este tipo de enlaces. Una vez localizado el hipervínculo eD2k puedo copiar y pegar el mismo en la pestaña correspondiente de la aplicación eDonkey2000 para que éste interprete la información en él contenida, valores *hash* en su mayoría, e inicie la descarga o bien puedo hacer doble clic en él directamente desde mi navegador y el *software* del cliente P2P procederá automáticamente a obtener la información e iniciar la descarga.

En tercer lugar, con eDonkey2000 se asentó el concepto de "*file swarming*", es decir, la descarga simultánea de diversas piezas de un archivo provenientes de diferentes pares, con lo que se conseguía que los intercambios se realizasen a mayores velocidades.

Hasta ahora, el modelo Napster se caracterizaba por la descarga de recursos desde una única fuente, es decir, desde un único par que compartía directamente de punto a punto un archivo con quien lo

---

59 Ambos se distinguen por sus respectivos encabezamientos, que indican el tipo de protocolo o lenguaje informático requerido para acceder a la información contenida en el hipervínculo, en un caso MFTP (*Multisource File Transfer Protocol*) y en otro HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*). Así, el enlace web comenzará por "http://www", mientras que el enlace eD2k lo hará por "ed2k://|file|".

60 *<http://www.filehash.com/>*

61 *<http://www.sharesoulp2p.com/>*

62 *<http://www.sharesoulp2p.com/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

estaba descargando. Con el primer Gnutella se hizo posible la descarga desde varias fuentes del recurso que un par deseaba obtener, si bien sólo para algunos clientes, generalizándose el proceso con FastTrack[63] y Gnutella 2[64]. La "innovación" de eDonkey2000 consistía en permitir la descarga desde varias fuentes de un determinado archivo fragmentado en piezas de menor tamaño para agilizar su intercambio[65]. Como comprenderemos mejor a partir de la descripción de la tecnología BitTorrent y del tercer modelo de diseño de aplicaciones P2P, la descarga de archivos divididos en partes provenientes de múltiples fuentes acarreará un importante cambio en la tradicional distinción jurídica entre actos de carga y de descarga y, en suma, en la asignación diferenciada de responsabilidad a *uploaders* y *downloaders*.

2.4. BITTORRENT.

Según vimos en el apartado anterior, la primera generación de aplicaciones diseñadas en base a Gnutella adolecía de una serie de inconvenientes técnicos que limitaban su funcionalidad. FastTrack y Gnutella 2 aportaban, con éxito, soluciones a dichos problemas a partir de la incorporación de diversas mejoras combinando los puntos fuertes del modelo Napster y el modelo Gnutella original. Sin embargo, no fueron estas las únicas propuestas[66].

En el año 2001, Bram Cohen presentó BitTorrent, un revolucionario protocolo distribuido bajo licencia de código abierto[67]

---

63 J. LI, «On peer-to-peer (P2P) content delivery», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 1, número 1 (2008), pág. 48; J. LLORET MAURI ET AL, «Public Domain P2P File Sharing Networks Content and their Evolution». The IASTED International Conference on Communication Systems and Networks (CSN 2005), Benidorm, Alicante (Spain), September 12-14, 2005, pág. 4; y P. BACKX ET AL, «A comparison of peer-to-peer architectures». EURESCOM Summit, Heidelberg, Germany, October 2002, table 1.

64 J. LLORET MAURI ET AL, «Public Domain P2P File Sharing Networks Content and their Evolution», *op. cit.*, pág. 4.

65 Mojo Nation y Swarmcast, entre otros, también empleaban la técnica de distribución en "enjambre" (*swarm distribution*), cfr. B. LEUF, *op. cit.*, págs. 213 a 244; sin embargo, fue eDonkey2000 quien popularizó el empleo de la descarga simultánea desde múltiples pares.

66 Entre las que, además de eDonkey, debemos destacar Freenet. *Vid.* B. LEUF, *op. cit.*, págs. 245 a 288; y I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *op. cit.*, págs. 213 a 224.

67 *<http://www.bittorrent.com/bittorrent-open-source-license>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que aceleraba espectacularmente el intercambio de archivos en red, solucionaba la mayor parte de los problemas técnicos que habían lastrado la efectividad del *software* desarrollado en base a los dos primeros modelos de arquitectura de aplicaciones, y, *a priori*, parecía esquivar los posibles escollos legales que habían hecho zozobrar a Grokster, Morpheus y, como veremos en nuestro posterior análisis de la jurisprudencia relevante en esta materia, a la versión australiana de KaZaA[68].

Creado con el fin de facilitar el intercambio legitimo de grandes archivos de audio conteniendo sesiones de improvisación músical en directo o *jam sessions*[69], tres son los principales elementos técnicos básicos que caracterizan a BitTorrent[70].

2.4.1. Elementos técnicos básicos de BitTorrent.

2.4.1.1. Ausencia de red propia o uso de ajenas.

Como novedad, la información disponible a través de la tecnología BitTorrent no se pone realmente a disposición de ninguna red, a la espera de que alguien que busque precisamente esos datos sea capaz de localizarlos y proceda a su descarga. Mientras que, para

---

[68] Sobre los efectos en el proceso de innovación tecnológica que ha podido tener el desarrollo de las diferentes teorías de responsabilidad indirecta a través de la resolución de los casos Napster, Aimster y Grokster, véase P. S. MENELL, «Indirect Copyright Liability and Technological Innovation», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, número 32 (2009), pág. 375 y ss.

[69] M. F. SCHULTZ, «Fear And Norms And Rock & Roll: What Jambands Can Teach Us About Persuading People To Obey Copyright Law», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, número 2, volumen 21 (2006), pág. 686, nota 183, y 687, nota 190; y R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, pág. 140.

[70] Seguimos en nuestra descripción a J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking; A top-down approach*, 5th edition. Boston, Pearson – Addison Wesley, 2010. Págs. 177 a 179; I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *op. cit.*, págs. 227 y ss.; M. IZAL ET AL, *Dissecting BitTorrent: Five Months in a Torrent's Lifetime*. The 5th Annual Passive & Active Measurement Workshop, PAM 2004, Antibes Juan-les-Pins, France, April 19-20, 2004; J. A. POUWELSE ET AL, *The BitTorrent P2P File-Sharing System: Measurements and Analysis*. 4th International Workshop on Peer-To-Peer Systems, IPTPS 2005, Ithaca, Cornell University Campus, NY, USA, February 25, 2005; y B. COHEN, *Incentives Build Robustness in BitTorrent*. Workshop on Economics of Peer-to-Peer Systems, Berkeley, USA, May 22, 2003, disponible en: <*http://bitconjurer.org/BitTorrent/bittorrentecon.pdf*>; y *The BitTorrent Protocol Specification*, 2008, disponible en: <*http://www.bittorrent.org/beps/bep_0003.html*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

buscar y compartir archivos, los usuarios de Napster[71] y Gnutella contaban con sus propias redes, los de eDonkey2000 con la red eDonkey y Overnet, y los de Grokster, Morpheus y KaZaA hacían uso de la red FastTrack[72], los usuarios de BitTorrent no necesitan unirse a ninguna —ya existente o bien creada por la propia aplicación—, y buscar el contenido deseado entre alguno de los pares conectados —bien con la ayuda de directorios, bien mediante la gestión de supernodos—.

No hay una red BitTorrent propiamente dicha, sino *conexiones en red* entre usuarios que intercambian los mismos recursos y cuya duración es indeterminada, pudiendo permanecer activas durante años, meses o unas pocas horas[73]. A diferencia de los dos modelos anteriores, la conexión *en red* que se establece en este tercer tipo de aplicaciones sólo se lleva a cabo entre aquellos que están compartiendo un archivo específico, de modo que un mismo usuario establece tantas conexiones en red como archivos está compartiendo. El conjunto de participantes en el intercambio de un recurso determinado se denomina *swarm* o *torrent*, por lo que un usuario formará parte de tantos *torrents* como archivos esté compartiendo.

En consecuencia, la búsqueda de archivos descansa completamente en el usuario, quien debe hacer uso de las herramientas a su alcance y de su habilidad técnica para localizar *torrents* de su interés o poner en circulación la información que pueda

---

71 Era errónea la afirmación inicial en sentido contrario hecha por R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª edición. Granada, Editorial Comares, 2005. Pág. 240; por lo que celebramos su corrección en R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007. Pág. 98.

72 El resto de las principales redes públicas para el intercambio de archivos son SoulSeek, a la que puede accederse mediante el cliente de dicho nombre u otras aplicaciones como, por ejemplo, Nicotine; la red OpenNap, a la que se puede acceder con Xnap; y la red MP2P, a la que se puede acceder mediante los clientes Piolet, Manolito o Blubster. Véase J. LLORET MAURI, M. A. GRANADOS TENORIO Y F. BORONAT SEGUÍ. *Evolución y Contenido de las Redes P2P de Compartición de Ficheros de Dominio Público*. XX Simposio Nacional de la Unión Científica Internacional de Radio (URSI2005). Gandía, Valencia, 14 a 16 de septiembre de 2005.

73 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, pág. 150.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

querer compartir[74]. Aunque en la actualidad hay un buen número de clientes BitTorrent que incorporan buscadores y asistentes para auxiliar en esta labor, lo cierto es que los recursos más especializados o menos populares requieren de búsquedas más exhaustivas.

2.4.1.2. Superación de soluciones técnicas provenientes de modelos anteriores.

El segundo de los rasgos que caracteriza a esta tecnología es que BitTorrent soluciona los problemas de descarga punto a punto típicos de los modelos anteriores de aplicaciones P2P, acelerando notablemente el proceso, a partir de diversos elementos que eDonkey había empleado ya exitosamente para el intercambio de archivos a través de redes P2P: la fragmentación de archivos, la simultaneidad obligatoria de descarga y carga, así como el uso de la función *hash* para la identificación, búsqueda y reordenación de las partes en las que el protocolo descompone automáticamente los mismos.

2.4.1.2.1. Fragmentación extrema y simultaneidad de actos de carga y descarga para optimizar el proceso de intercambio de archivos.

Los pares participantes en un *torrent,* al igual que antes los de la red eDonkey, no comparten un único archivo de información, sino decenas, cientos o miles de piezas y subpiezas de mayor o menor tamaño, de manera que van recopilando las que no tienen y compartiendo las que ya poseen, hasta completar la totalidad del archivo deseado. Ahora bien, mientras que eDonkey dividía los archivos en bloques de 9500 *kilobytes*, BitTorrent particiona el archivo de información primigenio localizado en una carpeta del ordenador de quien desea iniciar su puesta a disposición en red, en piezas iguales de, por lo general, 256 *kilobytes*, y éstas, a su vez, en subpiezas de unos 16 *kilobytes*. Es decir, más piezas y más pequeñas.

Adicionalmente, BitTorrent perfecciona el concepto de "*file swarming*" popularizado por eDonkey. Mientras que Napster se

---

[74] Como explican, en detalle, I. J. TAYLOR AND A. HARRISON, *op. cit.*; y B. COHEN, *Incentives Build Robustness in BitTorrent, op.cit.*, y *The BitTorrent Protocol Specification, op.cit.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

caracterizaba por la descarga del archivo desde una única fuente o par, el primer Gnutella hizo posible la descarga desde varias fuentes y FastTrack generalizo la descarga desde múltiples fuentes, eDonkey permitía la descarga desde múltiples fuentes de los diversos bloques en que se fragmentaba cada archivo con una importantísima novedad: no era necesario esperar a completar el archivo para comenzar a compartir el mismo. Una vez obtenido alguno de los diversos bloques de casi 10 *megabytes* que componían cada archivo eran compartidos con los otros pares de la red que deseaban obtener su copia del archivo íntegro.

BitTorrent mejora sustancialmente la línea desarrollada por eDonkey aumentando el número y disminuyendo el tamaño de los fragmentos, permitiendo transferencias mucho más rápidas puesto que, tras incorporarse un par a un *torrent* y comenzar la descarga de un archivo, una vez recibida cualquiera de las piezas o subpiezas que lo componían, éstas estaban ya disponibles para ser compartidas con el resto de los participantes en el *torrent*.

Hasta la llegada de eDonkey, sólo podía intercambiarse un archivo que estuviese completo, bien porque fuésemos nosotros quienes lo poníamos a disposición de la red —mediante la carga o *uploading* del mismo—, bien porque ya lo habíamos descargado por completo y lo dejábamos en la carpeta vinculada a la aplicación diseñada conforme al modelo Napster o al del primer Gnutella. eDonkey cambia drásticamente este panorama y BitTorrent, al mejorar los logros de eDonkey, lo lleva a un nivel nunca imaginado antes. La consecuencia jurídica directa más importante de esto es que la tradicional distinción independiente entre *uploaders* y *downloaders*, tan característica de los primeros modelos de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos, que se vino abajo con eDonkey, se desdibuja ahora completamente con BitTorrent[75].

Con eDonkey, una vez descargado el primer bloque de 9500 *kilobytes* de un archivo, el usuario puede comenzar a compartir éste a la vez que descarga los que le faltan para completar el archivo íntegro

[75] Como ya se apuntó en C. WAELDE AND L. EDWARDS, *Online Intermediaries and Copyright Infringement*. WIPO/IIS/05/1. Seminar on Copyright and Internet Intermediaries. Geneva, April 18, 2005. Pág. 49.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que desea. Dependiendo de su conexión a Internet y la rareza del archivo que quiere descargarse, el otrora *downloader* puede pasar a ser también *uploader* en cuestión de días, horas o, incluso, minutos, desempeñando ambos roles simultáneamente hasta completar todas las partes del archivo descargado, momento a partir del cual, en la medida en que conserve el archivo completo en la carpeta compartida asociada a la aplicación que esté utilizando, sólo realizará actos de *uploading*.

Para el usuario de BitTorrent el proceso será similar, con una importante salvedad: la simultaneidad de descarga y carga es una función esencial del protocolo BitTorrent para evitar problemas de *freeriding*, lo cual implica que, a diferencia de eDonkey, no puede ser desactivada, por lo que todos los participantes en un *torrent* descargan y cargan partes del archivo de manera continua hasta que consiguen completarlo, momento a partir del cual se limitan tan sólo a compartir[76]. La descarga de la primera de esa primera subpieza de 16 *kilobytes* de las decenas, centenas o miles en las que puede estar fragmentado el archivo que se descarga, puede ser, sin embargo, cuestión de minutos o *segundos* en el caso de BitTorrent.

Derivado de las características señaladas arriba, al permitir BitTorrent la descarga simultánea de decenas, cientos o miles de partes de un archivo entre cientos o miles de pares, se consigue que los intercambios se realicen al máximo de la velocidad que permita el ancho de banda del que disponga cada usuario. Con ello, por una parte, el tiempo necesario para completar una descarga se reduce drásticamente y, por otra, nos encontramos con que, a mayor número de participantes en el *torrent*, se produce una mayor reducción en el tiempo necesario para completar la transferencia de los recursos entre todos ellos.

De este modo y a diferencia de los otros modelos de aplicaciones en los que un aumento de la demanda provocaba inevitablemente una ralentización de las transferencias y la aparición de cuellos de botella

[76] En la terminología propia de BitTorrent se denomina "seeder" al par que posee un archivo completo y "leecher" al que no. Cuando el archivo es completado, el *leecher* pasa a ser un *seeder*, pero esto no quiere decir que comience en ese preciso momento a compartir las partes de las que se compone el archivo pues, como hemos visto, esto se va haciendo automáticamente desde obtención de la primera subpieza.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en la red, con BitTorrent el defecto se convierte en virtud y de las semanas, días u horas que eran necesarios para transferir completamente un archivo con Napster, KaZaA o eDonkey, hemos pasado a emplear unos pocos minutos, casi como si lo que estuviésemos llevando a cabo fuese una descarga directa[77] y no un intercambio en red.

2.4.1.2.2. El uso de la función hash para la identificación, búsqueda y reordenación de las partes que componen el archivo a intercambiar vía BitTorrent.

La identificación, búsqueda y reordenación de todas y cada una de las múltiples piezas en las que se fragmenta el archivo que se comparte usando la tecnología BitTorrent, se lleva a cabo mediante el empleo de la función *hash*, otro de los rasgos propios de eDonkey que BitTorrent ha sabido perfeccionar notablemente.

Generalmente y hasta la conclusión del proceso, el cliente P2P utilizado va revisando regularmente que la información contenida en las distintas partes recopiladas no esté corrupta y que cada pieza y subpieza se recibe correctamente mediante la comprobación de sus valores *hash* asociados. Mediante la comparación del *hash* de cada pieza recibida con el *hash* de las piezas "originales" que se encuentra en el archivo ".torrent" —cuyas funciones explicamos un poco más adelante—, el cliente es capaz de conocer si la parte que acaba de recibir es la correcta y si permitirá, en unión al resto, la ensambladura final del archivo completo. Cada vez que un par recibe una pieza o subpieza, el resto de los pares a los que está conectado es informado de su disponibilidad. Existen diversas reglas y algoritmos que regulan de manera compleja las relaciones de intercambio entre pares, destacando, por lo que respecta a la descarga, el principio de solicitud prioritaria de las piezas más raras o poco comunes y, por lo que respecta a la carga, el establecimiento de un intercambio selectivo[78],

---

[77] Con el término "descarga directa" se hace referencia a la actividad de descargar información o datos *directamente* desde un servidor de Internet. Los contenidos disponibles a través de este tipo de descarga pueden ser enlazados del mismo modo que cualquiera de los otros recursos disponibles en esta red de comunicaciones.

[78] *Tit-for-tat* u "ojo por ojo". *Vid.* B. COHEN, *Incentives Build Robustness in BitTorrent*, *op. cit.*, págs. 3 y 4; W. LIU ET AL, «Enhancing tit-for-tat for incentive in

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

priorizando el mismo con aquellos pares con los que ya se está compartiendo información y de entre éstos, con quienes proporcionen datos a mayor velocidad.

2.4.1.3. Los "trackers", su papel y funciones.

Por último, el tercer rasgo que singulariza la tecnología BitTorrent es la existencia de un, llamésmolo así, "dispositivo" responsable de ayudar a poner en contacto a quienes estén interesados en la descarga del archivo y coordinar la descarga de recursos que tiene lugar en el *torrent* y que recibe el nombre de "tracker". En realidad, se trata de un *software*, generalmente implementado sobre una página web, cuya misión principal es mantener una lista automatizada de los pares que están intercambiando un archivo determinado y las piezas y subpiezas que cada uno posee. Para ello, cada par informa periódica y automáticamente al *tracker* de su participación en el *torrent*, remitiéndole estadísticas sobre los intercambios realizados. El *tracker* no es un par de la conexión en red establecida entre quienes participan en el *torrent*, es un elemento independiente que controla el acceso al *torrent* y regula el intercambio de información que tiene lugar entre los participantes. La función del *tracker* es, en cierto modo, equivalente a la del servidor central del primer modelo de arquitectura de aplicaciones P2P para la descarga de archivos, por lo que puede considerarse que el modelo BitTorrent es, desde este punto de vista, de funcionamiento tan centralizado como el propio modelo Napster.

El procedimiento para comenzar a compartir archivos usando la tecnología BitTorrent requiere, en primer lugar, la instalación de una de las diversas aplicaciones gratuitas que operan con este protocolo, tales como µTorrent, BitComet o Vuze. Para descargar un determinado archivo, por ejemplo, una copia digital de El Quijote, deberemos localizar e incorporarnos a un *torrent* en el que se esté compartiendo dicha obra. Mediante la navegación en Internet y el

---

BitTorrent networks», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 3, número 1 (2010), págs. 27 a 35; y M. ZGHAIBEH AND F. C. HARMANTZIS, «Revisiting free riding and the Tit-for-Tat in BitTorrent: A measurement study», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 1, número 2 (2008), págs. 162 a 173.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

empleo de buscadores deberemos encontrar una página web, blog o boletín de noticias que informe de la existencia de un *torrent* en el que se comparta ese recurso en concreto y que aloje un pequeño archivo de extensión ".torrent" en forma de hipervínculo[79], el cual contiene los metadatos esenciales sobre el archivo que buscamos[80] y, muy especialmente, la dirección URL del *tracker* que gestiona dicho *torrent*[81]. Haciendo doble clic sobre ese enlace *torrent*[82], o copiando y pegando el mismo en nuestro cliente BitTorrent, éste hará uso de la información allí contenida para conectarnos al *torrent* y poder comenzar así la descarga de la obra de Cervantes.

Si lo que queremos es compartir un archivo, por ejemplo, mi copia digital de El Quijote, el primer paso es crear un archivo ".torrent" y asignarle un *tracker* que será quien gestione el *torrent* que se vaya a constituir después. En la actualidad, casi todas las aplicaciones BitTorrent incluyen una opción para crear estos archivos de manera sencilla, limitándose tal operación a seleccionar la ubicación de la copia digital de la obra de Cervantes en nuestro disco duro, especificar la dirección de anuncio de uno de los múltiples *trackers* que elijamos para gestionar nuestro *torrent*[83], y el archivo

---

79 Al que también denominaremos enlace *torrent*. La importancia del empleo de los enlaces P2P en este tipo de modelo de aplicaciones ha llevado a algunos autores a calificar BitTorrent como un sistema "a través de enlaces". Cfr. J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes 'peer to peer' (P2P)», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 18, septiembre-diciembre (2004), pág. 38.

80 Entre ellos los valores *hash* de todas y cada una de las piezas y subpiezas del archivo en cuestión y lo que se conoce como *hash* del archivo, es decir, los detalles genéricos del archivo como un todo compuesto de todas esas partes.

81 Lo más frecuente es que el mismo *tracker* contenga también un índice de los *torrent* gestionados por él en forma de un listado de los archivos que están siendo compartidos, junto con una descripción de estos y otras características relevantes como hacen, por ejemplo, The Pirate Bay <*http://thepiratebay.org/about*> o BTJunkey <*http://btjunkie.org/*>. Existen también *trackers* sin índice como PublicBitTorrent <*http://publicbt.com/*>, o índices que sólo listan los archivos compartidos en uno o varios *trackers* como FlixFlux <*http://www.flixflux.co.uk/*>.

82 Que direcciona a la localización del *tracker* o *trackers* que se encargan de gestionar la descarga del archivo en el *torrent* correspondiente.

83 Los *trackers* más populares, como The Pirate Bay <*http://thepiratebay.org/*> o Demonoid <*http://www.demonoid.com/*>, requerían de registro previo gratuito e inmediato para realizar esta acción, mientras que otros menos conocidos hacen pública su URL destinada para el anuncio de *torrents* sin necesidad de registro. Los *trackers* pueden ser

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

".torrent" será creado en la carpeta de nuestro ordenador asignada por la aplicación BitTorrent que estemos usando. Tan sólo resta alojar el archivo ".torrent" en una página web, blog o boletín de noticias y comenzar a compartir el archivo. Para ello sólo es necesario abrirlo con nuestro cliente BitTorrent, cuando la aplicación detecte que tenemos el original completo comenzará a compartirlo y la obra estará ya a disposición de cualquier internauta.

En conclusión, las innovaciones técnicas aportadas por BitTorrent representaron un gran avance en comparación con los dos modelos anteriormente descritos, si bien la raíz de las mismas se encontraba ya en eDonkey. Como ha puesto de relieve GIBLIN, la llegada de BitTorrent demostró que era posible diseñar un modelo de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos que aportasen una mayor eficacia técnica que sus antecesores, al mismo tiempo que reducían significativamente el posible grado de responsabilidad jurídica de sus desarrolladores, quebrando la idea de que para lograr un alto nivel de eficiencia era imprescindible tener un alto nivel de control sobre el funcionamiento del *software* empleado[84].

2.4.2. Elementos técnicos avanzados de BitTorrent.

Fundado en 2003 por un colectivo sueco anti-*copyright* y dirigido por una organización sin ánimo de lucro con sede en las islas Seychelles, The Pirate Bay (TPB) es conocido por ser uno de los *trackers* más importantes del mundo. Para hacernos una idea de su magnitud, a finales de 2014 contaba con casi siete millones de usuarios registrados, más de cinco millones y medio de archivos ".torrent" y casi treinta y cinco millones y medio de pares.[85] Haciendo gala de un activismo rayano con la provocación a favor del libre intercambio de contenidos en la red, TPB se convirtió en todo un símbolo de la causa ideológica que defendía, perdurando este halo así

---

públicos, privados o de pago, dependiendo si el acceso es libre, si está restringido mediante invitación previa o si requiere del abono de una cantidad determinada para el acceso a sus servicios.

[84] R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 152 y 153.

[85] Repartidos en 26.560.994 *seeders* y 8.434.885 *leechers*. Véase: *<https://web.archive.org/web/20141209032110/http://thepiratebay.se/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

como su presencia más allá del momento de su clausura por orden judicial[86].

Por lo que respecta a su funcionamiento, la búsqueda y el acceso a los archivos ".torrent" alojados en TPB era pública, requiriéndose el registro previo y gratuito como usuario para la publicación de archivos ".torrent", para interactuar con otros usuarios o participar en los concurridos foros de la web. Desde su página principal era posible acceder a categorías destacadas del directorio de archivos ".torrent" como "Top 100", "Música" o "Shows de TV" y a un tutorial de ayuda para quienes no estuviesen familiarizados con esta tecnología.

Conscientes de que BitTorrent tiene sus puntos más débiles, por un lado, en la necesidad de alojar el archivo ".torrent" en un servidor accesible a los internautas vía página web, blog o boletín de noticias, y por otro, en la relación que se establece entre el *tracker* y los participantes en el *torrent* —al tener éste que gestionar necesariamente el mismo a través de una comunicación regular con quienes comparten un archivo—, tras los primeros varapalos judiciales, TPB comenzó a barajar diversas posibilidades técnicas de cara a seguir llevando a cabo su actividad pero minimizando su nivel de vulnerabilidad jurídica.

Los esfuerzos técnicos en este sentido de TPB —en concreto, el uso combinado de *Distributed Hash Tables* y *Peer Exchange*, así como la implementación de enlaces *magnet*—, no fueron exclusivos de ellos ni novedosos pero sí, dada la relevancia de este tracker, son merecedores de mención en este apartado como parte del conjunto de elementos técnicos avanzados propios de la tecnología BitTorrent junto a otros elementos más que explicaremos a continuación: el empleo de la función denominada *Distributed Indexing* y de las recursos conocidos como "*seedboxes*".

---

[86] El cual explicaremos debidamente en apartados posteriores, si bien podemos avanzar que, tras su la suspensión del nombre de dominio principal desde el que operaban, cientos de *proxy websites*, es decir, páginas alojadas en dominios titularidad de terceros que reproducen el contenido de TPB y, además, permiten su actualización, han sido puestas en marcha en un intento de mantener el interés de la importante comunidad de usuarios a los que TPB ofrecía sus servicios.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.4.2.1. El uso de Distributed Hash Tables y Peer Exchange como alternativa a los trackers.

En noviembre de 2009, TPB anunciaba que deshabilitaba de forma permanente su *tracker*, pasando a confiar plenamente en la combinación de *Distributed Hash Tables* (DHT) y *Peer Exchange* (PEX) para lograr que el intercambio de archivos entre los millones de usuarios de TPB pueda llevarse a cabo sin necesidad de su intervención técnica[87]. ¿Cómo era esto posible sí, como hemos explicado, los trackers son imprescindibles en el esquema de este modelo de aplicaciones P2P de intercambio de archivos?

Sin entrar a fondo en detalles técnicos[88], podemos indicar que las DHT son bases de datos distribuidas a lo largo de una red y que su función principal es la de ayudar al *tracker* a gestionar el *torrent* permitiendo que algunos participantes en el mismo tengan listados de los pares que están compartiendo el archivo. Las DHT habilitan a los pares para que, a la hora de conocer quién está compartiendo y el qué dentro del *torrent*, estos puedan dirigirse no sólo a *tracker*, sino también a los otros participantes, liberando de este modo de una parte importante de su carga de trabajo a los *trackers*. En su día las DHT fueron propuestas como una posible solución efectiva a los problemas derivados del primer Gnutella[89] y distintas variedades de ellas[90] han sido empleadas hasta la fecha en redes P2P y otros sistemas distribuidos para la búsqueda de recursos[91]. En particular, eMule, la popular aplicación P2P desarrollada a partir de eDonkey2000, hace un uso extenso de DHT para localizar contenidos entre los pares que

---

87 Cfr. <*https://web.archive.org/web/20170716072918/thepiratebay.org/blog/175*>

88 Para ello, acúdase por ejemplo a J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *op. cit.*, págs. 179 a 184; y C. SCHMIDT AND M. PARASHAR, «Peer-to-Peer Information Storage and Discovery Systems», en R. SUBRAMANIAN AND B. D. GOODMAN (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005. Págs. 84 a 92.

89 C. H. DING, S. NUTANONG Y R. BUYYA, *op. cit.*, pág. 55.

90 Como Plaxton, Tapestry, Pastry, Chord, CAN y Kademlia. Véase C. SCHMIDT AND M. PARASHAR, *op. cit.*, págs. 86 a 92.

91 Entre ellos, es necesario mencionar su uso como parte de la tecnología *blockchain* y, por ejemplo, en el sistema de pago electrónico Bitcoin, para facilitar el indexado de los apuntes y operaciones que configuran la base de datos del sistema de contabilidad asociado al mismo. Véase S. RAVAL, *Decentralized Applications; Harnessing Bitcoin's Blockchain Technology*. Sebastopol, O'Reilly, 2016. Págs. 6 y 7 y 17 a 19.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

forman parte de las redes que usa[92], y Vuze[93], un conocido cliente BitTorrent, emplea DHT para dotarse de un conjunto de pares de reserva para el caso de que se produzca un fallo temporal en su sistema de coordinación centralizada[94].

Por otro lado, el PEX permite a su vez que los participantes en el *torrent* intercambien información entre ellos, sin mantener contacto con un *tracker* o una DHT[95]. El PEX fue implementado inicialmente en Vuze y más tarde se adoptó por otras aplicaciones BitTorrent, pues ayudaba a que, tras una serie de operaciones iniciales, los participantes en un *torrent* sólo dependiesen de otros iguales para encontrar nuevos pares[96].

La apuesta de TPB de confiar en la combinación de DHT y PEX, ambas ya empleadas por numerosos clientes P2P, tenía como meta lograr —o quizás simplemente, permitir alegar tal posibilidad técnica como presunta defensa o argumento exculpatorio de responsabilidad—, que los usuarios pudiesen encontrar pares que estuviesen participando en un *torrent* en el que se intercambiase un recurso de su interés, y pudiesen incorporarse a él sin necesidad de que exista un *tracker* que los registre previamente en dicho *torrent*, y concluir, a continuación, el intercambio de la información deseada sin necesidad de supervisión continua y centralizada por parte de dicho *tracker*. De este modo se pretendía desactivar un elemento de riesgo peligrosísimo desde el punto de vista de la función realizada por *trackers* como TPB: la relación imprescindible entre *tracker* y participantes en el *torrent*. En caso de éxito, ésta desaparecería completamente; primero, al no ser necesaria su participación para que lo usuarios pudiesen encontrar e incorporarse a un *torrent* en el que se estuviese intercambiando un archivo de su interés; y segundo, al no tener ya que gestionar el mismo a través de una comunicación regular

---

92 J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *op. cit.*, pág. 184, citando a J. LIANG.

93 Antes denominada Azureus. *<http://www.vuze.com/>*

94 J. FALKNER ET AL, «Profiling a Million User DHT». Internet Measurement Conference, Proceedings of the 7th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement, San Diego, California, USA, 2007. Pág. 130.

95 Seguimos la descripción de D. WU ET AL, «Understanding Peer Exchange in BitTorrent Systems», IEEE International Conference on Peer-to-Peer Computing, Delft, the Netherlands, August 25-27, 2010.

96 D. WU ET AL, *op. cit.*, puntos I y II.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

con quienes comparten un archivo, siendo esta labor desempeñada directamente por los pares que participan en el *torrent*.

El hecho que la gestión del *torrent* y el ingreso de nuevos pares descanse en los participantes y no en el *tracker*, presenta un nuevo escenario para el enjuiciamiento de este tipo de conductas, especialmente tras la adopción del sistema por parte de TPB, uno de los sujetos más relevantes en el ámbito del intercambio de archivos a través de redes P2P[97], si bien lo cierto es que, hasta donde sabemos, no ha sido aún testado judicialmente.

2.4.2.2. El uso de enlaces *magnet*.

La segunda medida importante tomada por TPB para reducir su nivel de exposición a posibles acciones legales fue abandonar progresivamente el uso de enlaces *torrent*, sustituyendo estos por los denominados enlaces *magnet* de tal modo que, desde febrero de 2012, la página web del colectivo sueco no alojaba ya archivos de extensión ".torrent" en forma de hipervínculos[98]. Este tipo de enlaces P2P permite, mediante el uso del protocolo que les da nombre —un mero lenguaje "contenedor"[99]—, que cualquier aplicación P2P de intercambio de archivos pueda leer el enlace "contenido" independientemente del protocolo usado para cifrarlo. Casi todos los enlaces P2P pueden ser escritos de acuerdo con este estándar, facilitando su reconocimiento y la máxima interoperabilidad entre navegador y aplicación P2P[100], de tal modo que, al hacer clic en un enlace *magnet*, se abre el programa correspondiente y se inicia el proceso de descarga de acuerdo con las características concretas del enlace que contiene.

En mi opinión y desde un punto de vista jurídico, la provisión de enlaces *magnet* por TPB era sustancialmente diferente de la provisión de enlaces *torrent*. Como cualquier otro *tracker*, TPB alojaba el

---

97 De similar opinión, R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 149 y 150.

98 Véase el contenido de las URLs archivadas en *<https://web.archive.org/web/20120131145552/http://thepiratebay.org/blog/197>* y en *<https://web.archive.org/web/20170225144532/http://thepiratebay.org/blog/208>*

99 Véase *<http://magnet-uri.sourceforge.net>*

100 *<http://magnet-uri.sourceforge.net/magnet-draft-overview.txt>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

archivo ".torrent" en sus servidores[101], y este era "abierto" por la aplicación P2P de los usuarios para acceder a la información que contenía o era descargado al equipo de estos para su posterior apertura. Los enlaces *magnet* que cifran un enlace *torrent*, por su parte, apuntan al *tracker* que gestiona el *torrent*[102]. En el momento en que TPB dejó de prestar su servicio de *tracker*, además de no alojar archivos ".torrent", dejaron de haber enlaces que apuntasen a TPB como el responsable del control, gestión y administración de *torrents* donde se compartían archivos conteniendo datos o información de cualquier tipo.

En suma y desde el plano teórico, al implementar el uso combinado de DHT más PEX, suspender su servicio de *tracker* y sustituir los enlaces *torrent* por los *magnet*, TPB pretendía dejar fuera de juego, los dos elementos más importantes que podían servir de nexos causales para el establecimiento de responsabilidad indirecta en la comisión de actos infractorios de derechos de propiedad intelectual por parte de aquellos usuarios de su página web que, mediante la consulta de los listados de enlaces alojados en la misma, llevaban a cabo estos actos ilícitos. Y digo "pretendía" pues esta estrategia no fue de ayuda en en su caso concreto y, si bien, no llego a ser puesta en tela de juicio, soy de los que opinan que, al menos desde la perspectiva de nuestro marco normativo, existían argumentos que podrían haberla desmontado.

---

101 Así y gracias a los registros conservados en *The Wayback Machine*, disponible a través de la organización sin ánimo de lucro *Internet Archive* (<*http://www.archive.org*>), es posible comprobar como el 6 de julio de 2011 el enlace *torrent* correspondiente al largometraje "The Tourist" era el siguiente: <*http://torrents.thepiratebay.org/6228978/The_Tourist%5B2010%5DDvDrip%5BEng%5D-FXG.6228978.TPB.torrent*>. Como se advierte, el archivo ".torrent" estaba localizado en una carpeta numerada como 6228978 que se alojaba en un servidor asociado a la página de TPB. <*http://web.archive.org/web/20110706035614/http://thepiratebay.org/torrent/6228978/The_Tourist%5B2010%5DDvDrip%5BEng%5D-FXG*>

102 En el mismo ejemplo de la nota anterior, el enlace *magnet* era el siguiente: <*magnet:?xt=urn:btih:402631aa207e46daed51b3549b76aef74d57df7c&dn=The+Tourist%5B2010%5DDvDrip%5BEng%5D-FXG&tr=udp%3A%2F%2Ftracker.openbittorrent.com%3A80&tr=udp%3A%2F%2Ftracker.publicbt.com%3A80&tr=udp%3A%2F%2Ftracker.ccc.de%3A80*>. Como se advierte, el enlace apunta al *tracker* donde está alojado el archivo ".torrent", en este caso, Open BitTorrent, un tercero *a priori* ajeno a TPB.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como veremos en detalle más adelante, en mi opinión y puesto que la aplicación BitTorrent necesita conocer la localización del tracker que gestiona la descarga para incorporarse a ella y participar en el proceso de intercambio, el enlace torrent o magnet cifrando un torrent se constituye, de facto, en la única vía de acceso al contenido que comparten quienes forman parte de la conexión en red establecida haciendo uso de la tecnología BitTorrent. Por ello y al ser las únicas puertas de acceso a un recurso no disponible de manera pública en ninguna red de comunicaciones, en la medida en que la información compartida infringiese derechos de propiedad intelectual titularidad de un tercero, aquel prestador de servicios de la sociedad de la información que proporcionase enlaces torrent o magnet cifrando enlaces torrent podría infringir el derecho exclusivo de comunicación pública del titular de los mismos y, de no darse los requisitos que permitiese la exoneración de responsabilidad conforme a las disposiciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, el responsable del servicio podría verse sometido a los procedimientos generales existentes en el orden civil, penal y administrativo.

2.4.2.3. El uso de la función Distributed Indexing.

La función denominada *Distributed Indexing* (DI) es una más de las diversas posibilidades técnicas que han venido siendo exploradas para aliviar la dependencia que el tercer modelo de aplicaciones P2P tiene de los *trackers*.

Mediante el empleo de DI es posible la obtención de archivos ".torrent" directamente de otros participantes en alguno de los *torrents* en los que varios usuarios coincidan[103]. Los usuarios de algún *software* que incluya esta posibilidad, como por ejemplo BitComet o eMule, pueden compartir los archivos ".torrent" de descargas actuales y pasadas sin necesidad de recurrir a alguna de los miles de páginas que indexan enlaces *torrent*. Lo único que tienen para ello es habilitar manualmente esta función en la carpeta de opciones de su cliente P2P y marcar que información sobre los archivos ".torrent" de su lista de descargas quieren compartir públicamente. Una vez hecho, podrán ver

[103] T. KLUMPP, «File Sharing, Network Architecture, and Copyright Enforcement: An Overview», Working Paper No. 2012-19, University of Alberta, August 2012, pág.16.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el listado de archivos ".torrent" descargados por otros usuarios y viceversa, pudiendo copiar unos y otros los que sean de su interés para, a continuación, activarlos y unirse al *torrent* de donde podrán obtener la copia de la información o de los archivos que les interesan[104].

2.4.2.4. El uso de *seedboxes*.

Finalmente, las *seedboxes* son servidores privados destinados en exclusiva al intercambio de archivos digitales, cuya cesión en régimen de arrendamiento se oferta en el mercado por un gran número de proveedores de servicios[105].

El arrendatario tiene en su *seedbox* los archivos que quiere compartir o que ha recibido a través de la tecnología BitTorrent. La *seedbox* sustituye, por decirlo así, al disco duro de su equipo personal. Si este usuario quiere compartir un determinado archivo, primero debe subirlo a la *seedbox* desde su equipo vía FTP y, una vez allí, crear el *torrent* para que quienes estén interesados en el mismo puedan unirse a él y hacerse con una copia del mismo. Del mismo modo, el arrendatario de la *seedbox* de nuestro ejemplo puede descargarse en su servidor privado los archivos que le interesen y que se compartan en *torrents* ajenos, accediendo a su contenido sin necesidad de descargarlos al disco duro de su equipo salvo que así lo prefiera, lo cual tendría lugar nuevamente vía FTP.

Las ventajas que el uso de *seedboxes* ofrece y que, en general, busca quien paga por poder disponer de ellas, son principalmente dos. En primer lugar, la posibilidad de disfrutar de transferencias de datos a mayores velocidades que las disponibles para un usuario ordinario de Internet, pues la transferencia de datos desde la *seedbox* a los usuarios del *torrent* —idéntica a la "carga" desde un equipo personal al *torrent*—, no está limitada por las restricciones que los proveedores de servicios de acceso suelen imponer a las conexiones domésticas, por lo que la transferencia de archivos de varios *gigabytes* constituye

104 Para más información, véase: <*http://wiki.bitcomet.com/torrent_exchange*>

105 Seguimos principalmente en la redacción de este apartado a S. J. WANG, «DMCA Safe Harbors for Virtual Private Server Providers Hosting BitTorrent Clients», DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW, volume 1, 2014, págs. 163 a 181.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

una labor de minutos. Esto supone una ventaja adicional en el caso de aquellos usuarios que, por la naturaleza específica de los contenidos que buscan, hacen uso de *trackers* privados en los cuales, generalmente, existen sistemas de "recompensa" que otorgan determinados privilegios a los usuarios que más recursos comparten.

En segundo lugar, está la ventaja de beneficiarse de mejores condiciones de privacidad, manteniendo fuera del ámbito público aquellos datos que, como la dirección IP, podrían permitir su identificación en caso de ponerse a disposición a través de un *torrent* en los que el arrendatario de una *seedbox* participase un archivo conteniendo obras susceptibles de protección por el derecho de autor. Pensemos que, por ejemplo, cuando un *tracker* público coordina un *torrent* determinado, cualquier usuario puede conocer la dirección IP de los otros participantes en el mismo, sin embargo, la dirección asociada a una *seedbox* es la de la empresa propietaria del servidor y no la del cliente que sube el archivo a él.

Otras prácticas habituales de los proveedores de este tipo de servicios que dificultan la identificación de los responsables en caso de infracción son el no registrar las direcciones IP desde las que los clientes suben contenidos; el ofrecer la posibilidad de encriptar las transferencias de datos que tienen lugar desde o hacia las *seedboxes*; y el radicar en países distintos a aquel en el que ofrecen sus servicios, tanto la sociedad responsable de su prestación como la de los servidores que alojan el contenido de las *seedboxes*.

Una vez activada la *seedbox*, la transferencia de datos a los participantes en los *torrents* es ininterrumpida y no necesita supervisión, no teniendo el usuario responsable de la misma ni que disponer de un programa P2P instalado en su equipo, pues el acceso y control de los archivos alojados en la *seedbox* se hace a través del portal *online* del proveedor.

La extensión del uso de *seedboxes* ha tenido lugar poco después de la generalización de la computación en la nube o *cloud computing*. Este nuevo modelo de prestación de servicios desde Internet no se ha limitado a poner al alcance de los usuarios servicios ordinarios de alojamiento como Google Docs y Dropbox, sino que nos ha traido también la posibilidad de disponer de espacio en servidores ajenos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para actividades específicas como el intercambio de archivos mediante la tecnología P2P. La disponibilidad de estos servicios de alojamiento en la nube y las *seedboxes* han "revitalizado" sin duda el tráfico de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P y supone el penúltimo reto en la lucha de los titulares contra la infracción de sus derechos por esta vía[106].

106 C. LABOVITZ, «The Rise and Fall of P2P», DEEPFIELD.COM, April 10th, 2012.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICO NORMATIVA DEL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DEL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE REDES P2P

3.1. INTRODUCCIÓN.

La elaboración de normas para la protección del derecho de autor en el entorno digital puede dividirse en dos etapas claramente diferenciadas. Por un lado, tenemos el período comprendido aproximadamente entre los años 1996 y 2005, el cual estuvo marcado por la firma de los primeros intentos regulativos a nivel internacional, regional y nacional. En segundo lugar, nos encontramos con un segundo período que va desde dicho año 2005 hasta la actualidad, en el cual coexisten dos tendencias de política normativa de naturaleza diferente: por una parte, la aprobación de medidas penales de mayor dureza sancionadora; y, por otro, el desarrollo de las conocidas como leyes de respuesta gradual.

El primero de los períodos indicados se caracteriza fundamentalmente por la aprobación de una serie de disposiciones que, de manera genérica, establecen la responsabilidad de los intermediarios en el ámbito *online*. Es decir, reguladoras del conjunto de deberes que los prestadores de servicios intermedios deben cumplir ante el riesgo más que previsible de comisión de actos infractores de derechos de tercero por parte de los usuarios de dichas prestaciones. En líneas generales, este marco general de obligaciones se ha venido manteniendo hasta nuestros días sin grandes modificaciones. El segundo de los períodos indicados se distingue por la búsqueda de nuevas posibilidades y el desarrollo de medidas concretas destinadas a combatir de manera específica, determinadas actividades infractoras

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

como es el caso del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas por el derecho de autor a través de redes P2P.

En el presente capítulo estudiaremos las peculiaridades de cada uno de estos dos períodos históricos, así como las tendencias de política legislativa que han caracterizado a ambos. En lo que incumbe específicamente al segundo de ellos, nos detendremos a analizar el tratamiento normativo que se le ha dado al problema particular del intercambio de archivos, así como a explicar las diferentes propuestas nacionales, regionales e internacionales más relevantes que, de algún modo o manera, importan en relación al ámbito de investigación del presente trabajo.

3.2. 1996 – 2005: PRIMERAS PROPUESTAS REGULATORIAS CON INCIDENCIA EN LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.

El inicio de esta primera etapa viene marcado por la aprobación del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (en adelante, WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptados ambos el 20 de diciembre de 1996, durante la Conferencia Diplomática de la OMPI celebrada en Ginebra[1], pues introducen el reconocimiento explícito del derecho exclusivo de autores, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas a autorizar la puesta a disposición del público de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija[2].

Instrumentos significativos anteriores en el tiempo a estos "Tratados sobre Internet" de la OMPI —como se les conoce

---

[1] Sobre ambos véase, en general, S. RICKETSON AND J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond.* Second edition. Volume I. Oxford, Oxford University Press, 2006. Págs. 149 a 154 y 621 a 755; M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, New York, Oxford University Press, 2002; J. C. GINSBURG, «The (New?) Right of Making Available to the Public», en D. VAVER AND L. BENTLY, *Intellectual Property in the New Millennium; Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004. Pág. 234 y ss.; y C. ROGEL VIDE, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Reus, 2003. Págs. 475 a 484.

[2] Artículos 8 WCT y artículos 10 y 14 WPPT.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

coloquialmente—, no comprenden esta cuestión. No lo hace, muy particularmente, el Acuerdo de 1994 de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio[3] (en adelante, Acuerdo sobre los ADPIC), el cual establece una serie de estándares mínimos para su protección y obliga a un buen número de estados o territorios aduaneros —incluyendo a todos los Estados miembros de la Unión Europea y a ella misma, para lo que respecta a los temas de su competencia[4]—, pues la compleja negociación del mismo se inició en el año 1986, mucho antes de que se pudiese prever el impacto que la Revolución Digital y la consolidación de Sociedad de la Información iban a tener en relación al comercio internacional —téngase en cuenta que no sería hasta cuatro años más tarde cuando ARPANET daría paso oficialmente a Internet, no estando la *World Wide Web* y Netscape, el primer navegador *web*, disponibles para todo el mundo hasta 1992 y 1994, respectivamente—. En mi opinión, esta situación será corregida en algún momento por la OMC, muy posiblemente en el marco de rondas de negociación para tratar a fondo la necesidad de establecer nuevas regulaciones internacionales en materia de comercio electrónico, algo que un total de 76 Estados miembros, entre los que se encuentran Estados Unidos, China, la Unión Europea y Japón, han puesto ya encima de la mesa durante la reunión anual del Foro Económico Mundial en enero de 2019[5].

Volviendo a los "Tratados sobre Internet" de la OMPI, la preocupación por los posibles efectos de la difusión de obras objeto de derechos de autor en el entorno digital se halla claramente en la

---

[3] Acuerdo de 1994 sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Boletín Oficial del Estado número 20, suplemento de 24 de enero de 1995, y número 33, de 8 de febrero de 1995.

[4] Decisión 94/800/CE del Consejo de 22 de diciembre de 1994 relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994). Diario Oficial nº L 336 de 23/12/1994, pág. 1 y ss.

[5] L. KIHARA, *China and U.S. among 76 WTO members pushing for new e-commerce rules*. REUTERS, News from the 2019 World Economic Forum. January 25, 2019. *<https://www.reuters.com/article/us-davos-meeting-ecommerce/china-and-u-s-among-76-wto-members-pushing-for-new-e-commerce-rules-idUSKCN1PJ0UK>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

génesis del derecho exclusivo de puesta a disposición que introdujeron el WCT y el WPPT. También de la misma inquietud derivan las obligaciones que ambos tratados incluían sobre las medidas tecnológicas de protección, pues su sentido de ser es, precisamente, ayudar a preservar ese nuevo derecho. Para ello, el WCT y el WPPT establecían que los Estados parte debían proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos *efectivos* contra la acción de eludir las posibles medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restringiesen actos que no estuviesen autorizados o permitidos por la ley[6].

Estados Unidos fue el primer país en incorporar las disposiciones de ambos tratados a su derecho nacional mediante la promulgación de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)[7] en 1998, yendo ciertamente más allá de lo que el WCT y el WPPT en principio requerían[8]. Tras un interesante y largo proceso valorativo previo sobre el marco que esta norma debía modificar y cómo tendría que llevarse esto a cabo[9], los cinco títulos en los que se articula la DMCA introdujeron numerosas novedades en la legislación sobre derecho de autor, entre ellas, el establecimiento de una serie de disposiciones —*safe harbours*— que permiten la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (o, por sus siglas en lengua

---

6 Artículos 11 y 12 WCT y artículos 18 y 19 WPPT.

7 Bill Text 105th Congress (1997-1998) H.R.2281.ENR. Véase, para una panorámica completa de la ley, M. B. NIMMER AND D. NIMMER, *Nimmer On Copyright*, volumen 3. New York, Matthew Bender, 2003. Capítulos 12A y 12B.

8 M. A. LEMLEY ET AL, *Software and Internet Law*. Second edition. New York, Aspen Publishers, 2003. Págs. 745 y 746.

9 El cual se inició por parte del Departamento de Comercio en 1993, como parte de la agenda del gobierno de Bill Clinton en relación al desarrollo de la Sociedad de la Información. Sus frutos más destacados fueron la publicación en 1994 y en 1995, respectivamente, de los conocidos como Libro Blanco —*Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*—, y Libro Verde —*Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*—, preparados ambos por el comité técnico especial denominado *Information Infraestructure Task Force*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

inglesa, ISPs)[10] en determinados supuestos en los que sus usuarios cometan, en última instancia, algún tipo de infracción de derechos de propiedad intelectual[11]. Entre las actividades susceptibles de exención se encuentran, previa concurrencia de una serie de requisitos[12], el almacenamiento de información a instancias de los usuarios en una red controlada por el ISP[13] y el direccionamiento de usuarios a un sitio en línea que contenga material ilegítimo, mediante herramientas de localización de la información como directorios, índices o hipervínculos[14]. La necesidad de contar con una medida de esta naturaleza en la ley de propiedad intelectual para proteger mínimamente a los ISPs —la conocida Sección 512—, derivaba de la aprobación un año antes por parte del Congreso de los Estados Unidos de la *No Electronic Theft Act*, la cual sancionaba penalmente la reproducción o distribución de obras de cierto valor, aún cuando el responsable de dichos actos no obtuviese ni esperase obtener compensación alguna por ello[15].

---

10 De acuerdo con 17 U.S.C. § 512(k)(B), un ISP es "*a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor*".

11 DMCA, *Title II, Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, modificando el capítulo 5 del título 17, del *United States Code*, y añadiendo una nueva sección con el número 512 (en lo siguiente 17 U.S.C. § 512). La DMCA no es la única norma norteamericana que establece límites a la responsabilidad indirecta a la que podrían verse expuestos los ISPs por los actos infractores cometidos por aquellos terceros usuarios de sus servicios. Así existen *safe harbours* potencialmente aplicables a ellos en la legislación específica que regula la difamación en el ámbito *online* —sección 230 de la *Communications Decency Act* de 1996— y, dentro de la ley norteamericana de marcas y publicidad engañosa, por la difusión o distribución de publicaciones electrónicas que incluyan materiales infractores conforme a la misma —sección 32(2)(B) y (C) de la *Lanham Act*, 2006—. Para una comparación de los tres tipos de disposiciones, véase S. K. MEHRA AND M. TRIMBLE, «Secondary Liability of Internet Service Providers in the United States: General Principles and Fragmentation», en G. B. DINWOODIE (ed.), *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017. Págs. 99 a 106.

12 En relación a las cuales no podemos dejar de señalar la importancia del establecimiento de un sistema de notificaciones de infracción de derechos en 17 U.S.C. § 512(c)(3), denominado *notice and takedown provisions*.

13 17 U.S.C. § 512(c).

14 17 U.S.C. § 512(d).

15 *No Electronic Theft Act (NET Act)* Pub. L. 105-147 (1997); y 17 U.S.C. § 506(a)(1)(B).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En 2015, la *Copyright Office* norteamericana puso en marcha un ambicioso estudio público para evaluar el impacto y la efectividad de las limitaciones de responsabilidad establecidas en la Sección 512 a raíz de la aprobación de la DMCA y, en concreto, para valorar su eficacia a la hora de hacer frente a las infracciones *online* de derechos[16]. Tras diversas rondas de consultas públicas, encargar la preparación de informes empíricos y organizar mesas de debate con los principales operadores afectados por la normativa objeto de estudio, el complejo proceso parece que está llegando a su fase final, si bien es cierto que aún no se ha hecho pública la fecha en la que se darán a conocer sus resultados, así como las conclusiones y recomendaciones de la *Copyright Office*.

En la Unión Europea, la articulación del régimen de responsabilidad de los ISPs se llevó a cabo en un primer momento mediante la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DCE)[17], mientras que las disposiciones de los tratados de la OMPI de 1996 fueron implementadas a través de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI)[18].

---

16 Véase <*https://www.copyright.gov/policy/section512*>

17 Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000, pág. 1 y ss. Sobre el contenido de la propuesta de la DCE, véase: J. A. GÓMEZ SEGADE, «El Derecho de Autor en el entorno digital», R.G.L.J., número 3, mayo-junio (1999), págs. 325 a 328.

18 Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001, pág. 10 y ss. Véase Considerando 15. Sobre el contenido de la propuesta de directiva, véase J. A. GÓMEZ SEGADE, «Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», en C. ROGEL VIDE (coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Reus, 1999. Pág. 17 y ss.; sobre la DDASI, véase J. A. GÓMEZ SEGADE, «En torno a la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», A.D.I., tomo XXII (2001), pág. 1429 y ss.; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, Editorial Comares, 2001.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La DCE regula la responsabilidad de los ISPs[19], incluyendo todas las actividades económicas y servicios que se pueden desarrollar en línea comprendiendo, entre otros, aquellos servicios no remunerados por sus destinatarios, como los consistentes en ofrecer información o instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, o los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio[20], de manera que, excluyendo expresamente la posibilidad de imponer a los ISPs una obligación general de monitorizar los datos que transmitan o almacenen[21], la mera transmisión de datos[22] o el almacenaje de estos a instancias de los destinatarios de los servicios[23], pueden dar lugar *a la exoneración de su responsabilidad* siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

En el caso de la mera transmisión, las condiciones son que el ISP no haya originado él mismo la comunicación, que no seleccione al destinatario y que no seleccione ni modifique los datos transmitidos[24], mientras que en el supuesto del almacenaje, los requisitos son que el ISP no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, que no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible[25]. Con relación a todas estas disposiciones, particularmente en lo que se refiere todo lo relativo a las notificaciones a los proveedores de servicios, resulta obligado el tener en cuenta las indicaciones que se contienen en la

---

19 Entendiéndose por ISP, como establece el Artículo 2.b) DCE, "*cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información*". Compárese esta definición con la incluida en la DMCA norteamericana, la cual específicamente incluye en la categoría tanto al prestador de servicios como al titular de las redes o de las infraestructuras necesarias para que dicha prestación pueda tener lugar.

20 Considerando 18 DCE.

21 Artículo 15 DCE.

22 Artículo 12 DCE.

23 Artículo 14 DCE.

24 Artículo 12.1 DCE.

25 Artículo 14.1 DCE.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recomendación 2018/334 de la Comisión Europea, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea,[26] como complemento imprescindible para interpretar el calado y alcance de la DCE.

Este primer régimen comunitario de responsabilidad de los proveedores de servicios de la Sociedad de la Información implementado por la DCE ha sido recientemente completado con la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital por la que se modifican, entre otras, la DDASI (en adelante, DMUD)[27]. Presentada inicialmente por la Comisión Europea el 14 de septiembre de 2016[28], el texto original de la nueva directiva ha experimentado importantes modificaciones durante su discusión tanto en el Consejo[29] como el Parlamento[30] europeo, hasta alcanzarse la redacción definitiva en vigor, en la cual tiene particular relevancia el artículo 17. El mismo establece un régimen específico para aquellos ISPs que alojan y facilitan el acceso del público a grandes cantidades de obras o prestaciones protegidas por derechos de autor que hayan sido "cargadas" o "subidas" por sus usuarios —pensemos, por ejemplo, en YouTube—. Dichos proveedores de servicios para compartir contenidos en línea son definidos como aquellos "*cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u*

---

[26] COMISIÓN EUROPEA. *Recomendación 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.* Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 63/50, de 3 de marzo de 2018.

[27] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 130 de 17/05/2019, pág. 92 y ss.

[28] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD).

[29] *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Agreed negotiating mandate.* 9134/18. Brussels, 25 May 2018. En el momento de nuestra consulta no parece que haya disponible una versión en castellano del documento.

[30] Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 2018 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. P8_TA(2018)0337. Disponible en *<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+XML+V0//ES>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos."[31]

La DMUD determina que al ofrecer al público el acceso a obras protegidas, esta nueva categoría de proveedores de servicios[32] realiza actos de comunicación o de puesta a disposición[33], de los cuales son directamente responsables conforme a lo establecido en el artículo 3 de la DDASI[34], no pudiendo serles de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la DCE.

Los proveedores de servicios para compartir contenidos se distinguen de los mencionados en el artículo 14 de la DCE en que, mientras que éstos se limitan a prestar un servicio de alojamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio, los del artículo 17 de la DMUD tienen, además, como uno de sus principales fines el "*permitir que los usuarios descarguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor con la finalidad de obtener beneficios de ello, bien directa o bien indirectamente, organizándolos y promocionándolos a fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada.*"[35] En consecuencia, la relación entre el artículo 17 de la nueva directiva y el artículo 14 de la DCE es de especialidad, por lo que el segundo no será de aplicación a los proveedores de servicios para compartir contenidos en línea —pasando en esos casos a carecer de relevancia jurídica alguna, por ejemplo, la existencia de conocimiento efectivo por parte del proveedor, en relación a dichos contenidos—, salvo en lo referente a

---

31 Artículo 2, apartado 6) DMUD.

32 De la cual el segundo párrafo del artículo 2, apartado 6) de la DMUD excluye explícitamente a los "*prestadores de servicios como las enciclopedias en línea sin fines lucrativos, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos, las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los servicios de comunicación electrónica tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972, los mercados en línea y los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso*".

33 Primer párrafo del artículo 17.1 DMUD.

34 Segundo párrafo del artículo 17.1 DMUD.

35 Considerando 62 DMUD.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aquellos fines que sean ajenos al ámbito de aplicación de la nueva directiva[36].

Sin embargo, la indiscutible gran novedad de la DMUD es que se impone a los proveedores de servicios para compartir contenidos en línea la obligación de obtener autorizaciones o suscribir acuerdos de licencia justos y adecuados con los titulares de derechos de autor y afines, los cuales deberán cubrir tanto los actos de explotación realizados directamente por ellos como, en la misma medida y en el mismo ámbito de aplicación, los actos de "carga" o puesta a disposición que sean realizados por los usuarios de sus servicios cuando éstos no actúen con fines comerciales o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos[37].

Como resulta lógico y consecuencia del necesario respeto al principio de libertad contractual, el cual no se ve afectado por las disposiciones de la nueva directiva, los titulares de derechos no están obligados a conceder las mencionadas autorizaciones o concluir acuerdo de licencia alguno con los proveedores de servicios para compartir contenidos[38]. Por ello, el apartado cuarto del artículo 17 DMUD establece que aquellos proveedores que *no logren* obtener dichos permisos tendrán la oportunidad de evitar concurrir en responsabilidad si pueden demostrar que han hecho los mayores esfuerzos (a) por obtener una autorización; (b) por garantizar la indisponibilidad en su servicio de obras y prestaciones protegidas respecto de las cuales los titulares les hayan facilitado información pertinente y necesaria; y en cualquier caso (c) han actuado de manera expeditiva a retirar o inhabilitar el acceso a contenidos protegidos disponibles a través de sus servicios al recibir el debido requerimiento por parte de sus legítimos titulares y, además de manera cumulativa al requisito de la letra anterior, (d) han hecho los mayores esfuerzos para evitar que vuelvan a ser "cargadas" o "subidas" nuevamente en el futuro.

Con este punto en concreto, la normativa europea adopta para este tipo de proveedores de servicios de alojamiento una versión

---

36 Véase artículo 17.3 y Considerando 65 DMUD.

37 Segundo párrafo del artículo 17.1 y artículo 17.2 DMUD.

38 Véase Considerando 61 *in fine* DMUD.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

evolucionada del sistema de aviso y retirada (*notice and takedown*) previsto en los artículos 12, 13 y 14 de la DCE, el cual se conoce como *notice-and-stay down* o sistema de aviso y retirada permanente, el cual requiere por parte del ISP acciones posteriores a la retirada para garantizar la reaparición del mismo contenido[39].

El legislador comunitario aclara que si los titulares no facilitan a los ISPs la información pertinente y necesaria sobre sus obras, de cara a garantizar la indisponibilidad de las mismas a través de los servicios que ofrecen en el mercado o no remiten notificación alguna solicitando la retirada de alguno de estos contenidos protegidos, difícilmente estos proveedores podrán hacer los mayores esfuerzos para evitar que estén disponibles, por lo que "*tales prestadores de servicios no deben ser responsables de los actos no autorizados de comunicación al público o de puesta a disposición del público de estas obras u otras prestaciones no identificadas.*"[40] También y de manera ciertamente relevante, que las medidas que los ISPs tomen para evitar la disponibilidad de contenidos no autorizados deberán ser eficaces en relación con los objetivos perseguidos, pero no deben ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlos, no pudiendo ninguna de estas actuaciones conducir a la identificación de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la normativa aplicable en materia de protección de datos y privacidad[41].

El conjunto inicial de requisitos que fija el mencionado artículo 17.4 de la DMUD se ve rebajado para aquellos prestadores de servicios para compartir contenidos que lleven menos de tres años operando en la Unión Europea y cuyo volumen de negocio no alcance los 10 millones de euros. Este tipo de ISPs deberán únicamente cumplir los requisitos (a) y (c) indicados *supra*. Sin embargo, si su promedio medio de visitas únicas mensuales superase los 5 millones, entonces deberán además demostrar que han cumplido el requisito

---

[39] Volveremos a esta cuestión más adelante, con ocasión del análisis de las medidas de filtrado.

[40] Considerando 66 *in fine* DMUD.

[41] Véase tercer párrafo del artículo 17.9 y segundo párrafo *in fine* del Considerando 66 DMUD.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

indicado en la letra (d) de nuestra explicación[42]. De manera hábil, el legislador comunitario se ha adelantado a aclarar que el régimen de exención de responsabilidad establecido en el artículo 17 no resultará en ningún caso de aplicación a aquellos prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea infringir o facilitar la infracción de derechos de autor[43]. Con ello se elimina la posibilidad de que aquellas páginas y portales dedicados fundamentalmente a dar acceso público a contenido "pirateado" puedan intentar beneficiarse del mismo o sean puestas en marcha con este fin a partir de la entrada en vigor de la directiva[44].

El régimen del artículo 17.4 DMUD en favor de aquellos ISPs que no hayan conseguido la autorización requerida se fundamenta en el principio de la necesaria cooperación que debe darse entre titulares de derechos y proveedores de servicios para garantizar que las obras o prestaciones protegidas de los primeros no se encuentren disponibles dentro de los servicios de los segundos. Colaboración de buena fe que, en todo caso, deberá tener en cuenta y ser respetuosa con los derechos fundamentales de los usuarios y las excepciones y limitaciones a las normas en materia de derechos de autor que puedan entrar en juego[45] y que, además, se concreta en determinados deberes específicos para cada uno de estos actores, los cuales recaen en su mayoría en el lado de los ISP. De este modo, a los prestadores de servicios para compartir contenidos se les exige que proporcionen a los titulares de derechos información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con el sistema del apartado 4 del artículo 17[46];

---

42 Artículo 17.6 DMUD.

43 Tal y como indica el Considerando 62 *in fine* DMUD.

44 De no haberse realizado la aclaración, muy posiblemente veríamos la rápida aparición o reconversión de muchas páginas y portales de este tipo, proveedores de servicios para compartir contenidos manifiestamente "piratas" que, no alcanzando los límites mínimos de tres años de existencia y 10 millones de volumen de negocio, intentarían hacerse fuertes, dificultar su cierre y "blanquear" su situación, simplemente justificando que han intentado obtener sin éxito las debidas autorizaciones y que inhabilitan de manera expeditiva el acceso a aquellos contenidos que los legítimos titulares les requieren que retiren.

45 Véanse los apartados 7, el tercer párrafo del 9 y el 10 del artículo 17 y los Considerando 70 y 71 DMUD. También son interesantes las Enmiendas 144, 145 y 146 al Considerando 38 y Enmiendas 156, 157, 158, 159, 160 y 161 al Artículo 13.2 y 13.3 de la Propuesta de la Comisión de 2016, hechas por el Parlamento en septiembre de 2018.

46 Párrafo 8 del artículo 17 DMUD.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que establezcan mecanismos de reclamación y recurso ágiles y eficaces a los que puedan acceder los usuarios en caso de que se den casos de retirada injustificada de sus contenidos y que informen a sus usuarios en sus condiciones generales de las excepciones o limitaciones que puedan amparar el uso que hicieren de obras y prestaciones de tercero[47].

El novedoso mecanismo instaurado por el 17.4 DMUD, en particular las disposiciones establecidas en sus letras b) y c), *in fine*, fue puesto en cuestión por Polonia mediante la presentación de un recurso de anulación ante el TJUE, alegándose que las mismas infringían el derecho a la libertad de expresión y de información garantizado en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TJUE desestimó el recurso de anulación[48], en línea con el pronunciamiento del Abogado General[49], al interpretar que la obligación impuesta a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de controlar los contenidos que los usuarios deseen cargar en sus plataformas previamente a su difusión al público, ha sido acompañada, por parte del legislador comunitario, de garantías adecuadas para salvaguardar el respeto del derecho a la libertad de expresión y de información de los usuarios de este tipo de servicios, y el justo equilibrio entre este derecho y el derecho de propiedad intelectual, protegido en el artículo 17.2 de la Carta[50].

Los primeros países europeos en transponer la DMUD a su derecho interno fueron Alemania, Dinamarca, Francia, Italia e

---

47 Párrafo 9 del artículo 17 DMUD.

48 STJUE (Gran Sala), de 26 de abril de 2022, en el asunto C□401/19, *República de Polonia* contra *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.

49 Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 15 de julio de 2021. Edición provisional.

50 Véanse párrafos 80, 88 y 89 de la STJUE (Gran Sala), de 26 de abril de 2022, en el asunto C-401/19, *República de Polonia* contra *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Irlanda[51], a los que siguieron Austria, Croacia, Estonia, Hungría, Irlanda, Malta, Países Bajos y España[52].

En junio de 2021, la Comisión Europea dictó una esperada comunicación oficial con orientaciones sobre la aplicación del artículo 17, prestando particular atención a todo lo relativo a la necesaria cooperación y buenas prácticas que deben darse entre prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y titulares de derechos[53], y, apenas cinco meses más tarde, el legislador español transpuso la DMUD en nuestro ordenamiento jurídico mediante la publicación del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre[54]. La norma española reproduce casi al pie de la letra la redacción del artículo 17 DMUD y solo se aparta de su literal en dos aspectos concretos.

El primero de ellos se encuentra en el seno del régimen especial que el artículo 17 de la DMUD fija respecto del establecido de manera general en el artículo 14 de la DCE para proveedores de servicios de alojamiento de datos, en el último párrafo del artículo 73.4 del Real Decreto-ley 24/2021, en el cual se establece que, aún cumpliendo los requisitos para ver limitada su responsabilidad por la comunicación o puesta a disposición pública no autorizada de contenidos protegidos "subidos" por sus usuarios, esto no excluye que los titulares de derechos puedan

---

51 S. PASCUA VICENTE, *Unión Europea: Novedades sobre la transposición de la Directiva 2019/790/UE sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.* INSTITUTO AUTOR. 31 de mayo de 2021. *<http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=3116&s=1>*

52 El estado del proceso de transposición nacional puede ser consultado en: *<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX%3A32019L0790>*

53 COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo EMPTY. Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital.* COM(2021) 288 final. Bruselas, 4.6.2021.

54 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Boletín Oficial del Estado, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> "ejercer las acciones legales dirigidas a restablecer el daño patrimonial, tales como la acción de enriquecimiento injusto, *en el caso de que, aunque los proveedores de servicios* [para compartir contenidos en línea] *hayan hecho sus mayores esfuerzos para eliminar el contenido no autorizado, éste continúe siendo explotado* por ellos, causando un perjuicio significativo a los titulares de derechos."[55]

Las primeras valoraciones doctrinales[56], las cuales compartimos, apuntan que el añadido final del legislador podría ser incompatible tanto con la exención diseñada en el artículo 17 de la DMUD, en la medida en que cabría interpretar que altera el alcance de la misma y que transforma la obligación de "mayores esfuerzos" en una obligación *de resultado*; además de contraria a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida en que, en relación a las actividades de alojamiento de un prestador de servicios para compartir contenidos en línea arquetípico como YouTube, ha manifestado

> "que la actividad del operador de una plataforma de intercambio de vídeos o de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos está incluida en el ámbito de aplicación de [la exclusión de responsabilidad del artículo 14 DCE] siempre que dicho operador no desempeñe un papel activo que pueda conferirle un conocimiento y un control de los contenidos subidos a su plataforma."[57]

---

55 Entre corchetes y resaltado propio.

56 Seguimos en este punto a P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021». LA LEY UNIÓN EUROPEA, nº 98, diciembre 2021. Párrafos 20 a 25; y M. PEGUERA, «Spanish transposition of Arts. 15 and 17 of the DSM Directive. An overview of some selected issues». JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volume 17, issue 5, May 2022.

57 Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, en los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, entre *Frank Peterson* y *Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (C-682/18), y entre *Elsevier Inc.* y *Cyando AG* (C-683/18). Declarando Segundo, entre corchetes propio. Véase comentario de M. BARRIO MOISÉS, «La sentencia del TJUE YouTube y la responsabilidad de los operadores de plataformas digitales». DIARIO LA LEY, nº 9887, 25 de junio de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Y ello lo fundamenta la Gran Sala del TJUE en que la definición del derecho de comunicación al público de obras y el derecho a poner a disposición del público prestaciones protegidas definidos en el artículo 3.1 DDASI,

> "debe interpretarse en el sentido de que el operador de una plataforma de intercambio de vídeos o de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos, en la que los usuarios pueden poner ilegalmente a disposición del público contenidos protegidos, *no realiza una «comunicación al público»* de éstos, en el sentido de dicha disposición, *a menos que, más allá de la mera puesta a disposición de la plataforma, contribuya a proporcionar al público acceso a tales contenidos vulnerando los derechos de autor.*"[58]

La fricción jurídica entre la interpretación que hace el TJUE del régimen de exoneración de responsabilidad del artículo 14 CDE y la innovación normativa adicionada por nuestro legislador a la hora de transponer del artículo 17 DMUD es evidente. El último párrafo del artículo 73.4 del Real Decreto-ley 24/2021 es reflejo de una visión teleológica y por ende, desde su entrada en vigor, en nuestro ordenamiento el realizar *los mayores esfuerzos* para eliminar el contenido no autorizado no alcanza para permitir el disfrute de una limitación de responsabilidad por infracción ajena que, sin embargo, el TJUE interpreta que cabe otorgar al proveedor de servicios que actúe *con prontitud*[59] y aplique, *con la diligencia normal* que cabría esperar de un operador de este naturaleza, "*las medidas técnicas apropiadas* […] *con el fin de combatir de manera creíble y eficaz las violaciones de los derechos de autor en* [su] *plataforma.*"[60]

El segundo aspecto en que el Real Decreto-ley 24/2021 se aparta del literal del artículo 17 DMUD lo encontramos en su artículo 73.10 y también supone un problema ciertamente serio. A la exigencia de que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán habilitar un mecanismo de reclamación y recurso, ágil y

---

58 Declarando Primero. Resaltado propio.

59 Párrafo 113.

60 Párrafo 84. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

eficaz, a disposición de sus usuarios en caso de conflicto sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada, nuestro legislador especifica que las "*obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso no se mantendrán accesibles en el servicio del prestador mientras se resuelva dicho procedimiento.*" En un principio, tal y como explica DE MIGUEL ASENSIO, cabría interpretar que el añadido no implica que se deba bloquear el acceso a cualquier contenido objeto de reclamación, de manera general y con carácter previo a la resolución de la misma[61], pues

> "los únicos contenidos que deben estar indisponibles mientras se tramita ese procedimiento son aquellos que por ser manifiestamente infractores hayan sido bloqueados con base en el [...] art. 73.4º.b) del Real Decreto-ley 24/2021, [...] así como los contenidos retirados *a posteriori* tras una notificación suficientemente motivada presentada por los titulares de derechos con arreglo al [mismo artículo], pero no cualesquiera «obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso», pese al tenor literal en este sentido del art. 73.10 del Real Decreto-ley 24/2021 que deberá interpretarse de conformidad con la [DMUD] y las exigencias derivadas de la Carta [de Derechos Fundamentales de la Unión]."[62]

Ahora bien, tras la decisión por parte del TJUE el 26 de abril de 2022 del recurso de nulidad planteado por Polonia contra el artículo 17 DMUD[63], creo que el legislador español no va a tener más remedio que modificar el artículo 73.10 del Real Decreto-ley 24/2021, pues la norma española ha quedado, a mi entender, en una posición de falta de armonía y correspondencia con la interpretación del alto tribunal comunitario. Y ello se debe a que la "suspensión cautelar" de nuestro artículo 73.10 no encaja con el diseño que el legislador comunitario ha

---

61 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021», *op. cit.*, párrafo 12.

62 *Ibidem*, párrafo 15. Entre corchetes propio.

63 STJUE (Gran Sala), de 26 de abril de 2022, en el asunto C-401/19, *República de Polonia* contra *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dado al sistema de bloqueo del artículo 17 DMUD, el cual no puede dar lugar, en ningún caso, a que los intermediarios "*adopten medidas que afecten al contenido esencial de*[1…] *derecho fundamental de los usuarios que comparten, en sus plataformas, contenidos que no violen los derechos de autor y los derechos afines*"[64], ya que la injerencia prevista del bloqueo es que "*se limite a lo estrictamente necesario.*"[65]

La responsabilidad de los intermediarios en garantizar la indisponibilidad de determinados contenidos nace

> "a condición de que los titulares de derechos afectados les transmitan la información pertinente y necesaria respecto de esos contenidos. En efecto, habida cuenta de que la transmisión de información que tenga indubitadamente esta calidad constituye el prerrequisito para que pueda constatarse que los prestadores de servicios han incurrido en tal responsabilidad, *estos no se verán obligados, a falta de tal información, a inhabilitar el acceso a los contenidos de que se trate.*"[66]

Es más,

> "no puede obligarse a estos prestadores de este tipo de servicios a prevenir que se carguen y pongan a disposición del público contenidos que requerirían de ellos, en orden a constatar su ilicitud, *una apreciación autónoma del contenido a la luz de la información facilitada por los titulares de derechos y de eventuales excepciones y limitaciones a los derechos de autor.*"[67]

Es decir, tal y como apuntó en sus conclusiones el Abogado General, para minimizar el riesgo de "bloqueo excesivo" y garantizar el respeto del derecho a la libertad de expresión y de información, "*únicamente se puede obligar a un prestador intermediario a filtrar y bloquear información cuya ilicitud haya sido declarada, con carácter previo, por un juez o, en su defecto, información cuyo carácter ilícito sea*

---

64 *Ibidem*, párrafo 80. Entre corchetes propio.
65 Párrafo 67.
66 Párrafo 89, resaltado propio.
67 Párrafo 90, resaltado propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

patente de entrada, *es decir,* de forma manifiesta, *sin que sea necesario contextualizarla*."[68]

El bloqueo temporal o provisional del acceso a contenidos, obras o prestaciones objeto de un procedimiento de reclamación de bloqueo al amparo del artículo 17 DMUD, en tanto en cuanto éste no se resuelve, queda fuera del alcance y efectos previstos por el legislador comunitario para dicho sistema de control de contenidos. Tal y como explica el TJUE, el respeto de los derechos de los usuarios debe ser tenido en cuenta *ex ante*[69] y nuestro legislador, con la redacción actual del artículo 73.10 del Real Decreto-ley 24/2021, da prioridad a la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre la del derecho de libertad de expresión y de información de los usuarios.

Puesto que incumbe a los Estados miembros, al transponer el artículo 17 DMUD a su Derecho interno, "*basarse en una interpretación de esta disposición que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por la Carta*"[70], soy de la opinión que, en relación a este segundo problema, la reforma del artículo 73.10 resulta no solo necesaria sino ciertamente obligada.

Por último, es necesario apuntar también que la transposición de la DMUD tiene lugar, principalmente, a través del articulado del Real Decreto-ley 24/2021 y, residualmente, a través de la modificación de determinados artículos del TRLPI y ello no acontece respecto de los artículos 73.4 y 73.10. Esta regulación al margen de la norma principal en materia de Propiedad Intelectual no sólo distorsiona el ordenamiento jurídico preexistente[71], sino que también dificulta la comprensión del marco nacional aplicable con relación a la responsabilidad de los proveedores de servicios en relación con las infracciones de derechos de autor y derechos afines cometidas por los usuarios de sus servicios. Cuestiones ambas relevantes y que debieran suscitar el interés de nuestro legislador en considerar una potencial enmienda del TRLPI.

---

[68] Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 15 de julio de 2021. Edición provisional. Párrafo 198. Resaltado presente en el original.

[69] Párrafo 85 de la Sentencia, refrendando la opinión del Abogado General en el Párrafo 193 de sus Conclusiones.

[70] Párrafo 15 de Sentencia.

[71] *Ibidem*, párrafos 3 a 10.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Finalmente, y para ir concluyendo el presente apartado, es necesario indicar que la DDASI, por su parte, disponía que los Estados miembros establecerían en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija[72]. En cuanto a la posible responsabilidad de los ISPs por las infracciones de este derecho cometidas por sus usuarios, como resulta lógico, la DDASI remite a las normas establecidas en la DCE, puesto que dicha Directiva dispone un marco armonizado de los principios y normas relativos a esta materia[73].

Para cerrar este epígrafe y por hacer una mención a otras jurisdicciones más allá de Estados Unidos o el marco normativo propio de la Unión Europea, podemos indicar que Australia traspuso el contenido de los tratados de la OMPI a través de la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*[74]; y que la República Popular China, si bien no se adhirió a los Tratados de la OMPI hasta el año 2007, sí es cierto que reconocía desde 2001, tanto a autores como a productores de fonogramas, el derecho de puesta a disposición del público a través de redes de comunicaciones de tal manera que los miembros de este puedan tener acceso a las obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija[75], además de contar, desde

---

72 Artículo 3 DDASI. De acuerdo con su Considerando 23, la DDASI requiere que este derecho se entienda en un sentido amplio de manera que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, y que abarque cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Las excepciones al mismo vienen establecidas en el artículo 5 DDASI.

73 Considerando 16 DDASI. Véase la crítica a la política comunitaria realizada por M. KRETSCHMER, «Digital copyright: the end of an era», E.I.P.R, volumen 25, número 8 (2003), pág. 333 y ss.

74 *<https://www.legislation.gov.au/Details/C2004C01235>*

75 *Copyright Law of the People's Republic of China (Adopted at the 15th Session of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on September 7, 1990, and Amended According to the Decision on the Revision of the Copyright Law of the* People's *Republic of China, Adopted at the 24th Session of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on October 27, 2001).* Artículos 10(12) y 41.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2006, con normas que regulaban la responsabilidad de los ISPs[76] en relación a las infracciones cometidas por sus usuarios, articulando un conjunto de exenciones que afectaban, entre otros, a quienes albergasen información facilitada por éstos[77], y a quienes ofreciesen servicios de enlace y búsqueda de datos a través de redes de comunicaciones[78].

3.3. DE 2005 A LA ACTUALIDAD: PROPUESTAS CONCRETAS PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA DEL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS CONTENIENDO OBRAS PROTEGIDAS.

3.3.1. El endurecimiento de las medidas penales para combatir el intercambio ilegal de archivos.

La segunda etapa en la que hemos dividido nuestro análisis sobre la promulgación de normas destinadas a dar protección al derecho de autor en el entorno digital se abre con la aprobación de diferentes regulaciones que inciden en el endurecimiento de las medidas penales como posible solución para hacer frente al intercambio de archivos a través de redes P2P y en particular, a los desarrolladores de programas P2P de intercambio de archivos.

Así sucede, por ejemplo, en Estados Unidos durante el año 2005, con la promulgación de la *Family Entertainment and Copyright Act*[79], la cual, en un intento por combatir la por entonces popular práctica del *camcording* —esto es, la grabación no autorizada en una sala comercial de un estreno cinematográfico mediante cámara de vídeo para su posterior duplicación y venta fraudulenta vía soportes físicos o

---

[76] *Ordinance on the Protection of the Right to Network Dissemination of Information. Order of the State Council of the People's Republic of China No. 468. Adopted at the 135th executive meeting of the State Council on May 10, 2006.* Modificada por la *Decision of the State Council on Amending the Regulation on Protection of the Right to Network Dissemination of Information on January 30, 2013.* Versión en inglés disponible en: *<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/13403>*

[77] Artículo 22.

[78] Artículo 23.

[79] *Family Entertainment and Copyright Act of 2005*, Pub. L. 109-9 (2005); 17 U.S.C. § 506(a)(1)(C).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicación a través de Internet[80]—, criminalizó la conducta de quien, de manera intencionada, distribuyese o comunicase poniendo a disposición del público a través de una red informática, una obra protegida destinada inicialmente a ser explotada comercialmente, cuando se conociese o debiera haberse conocido que el titular de derechos había previsto destinar la misma a dicho fin.

En muchas ocasiones la razón del establecimiento de este tipo de medidas a nivel nacional puede localizarse en el plano internacional, es decir, en la suscripción de acuerdos, tratados, protocolos o convenciones entre Estados o sujetos de derecho internacional, de los cuales se deriva, como una obligación jurídica más para los firmantes, el establecimiento de sanciones penales para la protección de determinados derechos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC[81], requiere a sus miembros que establezcan, de manera libre y conforme al método que consideren más adecuado en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos[82],

> "procedimientos y sanciones penales al menos para los casos [...] de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. [...] Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial."[83]

---

[80] INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*. Washington, U.S. Department of Commerce, July 2013. Pág. 44, nota 228.

[81] Acuerdo de 1994 sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Boletín Oficial del Estado número 20, suplemento de 24 de enero de 1995, y número 33, de 8 de febrero de 1995.

[82] Art. 1.1, Acuerdo sobre los ADPIC.

[83] Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A estos efectos la Unión Europea, por ejemplo, implementó los procedimientos y sanciones requeridos en el Acuerdo sobre los ADPIC a través de la ya mencionada DDASI[84] y de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual[85], si bien la intención original de la Comisión Europea parece que era más ambiciosa, al menos en los que se refiere a esta segunda Directiva, al pretender convertir en ilícitos penales determinados tipos de infracciones de derechos de autor, así como incrementar los importes asociados de daños y perjuicios que podrían ser solicitados en estos supuestos[86].

La Comisión propuso la adopción de medidas penales adicionales en 2005, con motivo de la toma en consideración de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual[87], presentada con la intención de complementar la Directiva 2004/48/CE[88]. La misma incluía en su artículo 3 la obligación de que todos los Estados miembros de la Unión Europea calificasen de infracción penal toda violación intencional de un derecho de propiedad intelectual cometido a una escala comercial, así como la tentativa de tal infracción, la complicidad y la instigación a tal infracción; siendo oportuno apuntar aquí la opinión del Comité Económico y Social Europeo al respecto, defendiendo que

---

84 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001, pág. 10 y ss. Véase Considerando 58 y art. 8.

85 Diario Oficial n° L 157 de 30/04/2004, págs. 45 a 86. Véanse, en particular, los Considerandos 7 a 10.

86 Cfr. F. ROMERO-MORENO AND J. GH. GRIFFIN, «The UK's criminal copyright proposals in an era of technological precision», EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY, volumen 7, núm. 2 (2016), pág. 4.

87 Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. COM/2006/0168 final – COD 2005/0127.

88 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Diario Oficial n° L 157 de 30/04/2004, pág. 45 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> "el mero hecho de facilitar materiales o programas informáticos de uso corriente, o un acceso a Internet, no puede equivaler a la complicidad ni a un delito de «incitación» [...] En la legislación comunitaria debería bastar con el concepto de complicidad, ya que el problema de los coautores se resuelve con detalle en las legislaciones nacionales. En caso contrario podrían producirse incriminaciones sin que existieran elementos de intencionalidad, lo cual provocaría gran incertidumbre jurídica entre muchos proveedores de materiales o servicios."[89]

Finalmente, la aprobación de la propuesta no prosperó y fue retirada por la Comisión[90].

Por último y para concluir con el plano internacional, es necesario mencionar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, por ser el primer instrumento multilateral de este tipo que, pretendiendo contribuir al desarrollo de una política penal común para hacer frente a las actividades ilícitas desarrolladas a través de redes informáticas[91], establece que las Partes del mismo deberán tipificar como delito en su derecho interno las infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines —de conformidad con las obligaciones que hayan contraído en aplicación del Convenio de Berna[92], del Acuerdo sobre los ADPIC, del WCT, de la Convención de Roma[93] y del WPPT—, que defina su legislación, cuando tales actos se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema

---

89 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual». 2007/C 256/02. Diario Oficial de la Unión Europea, C 256, 27 de octubre de 2007. Punto 4.3.1.

90 Diario Oficial n° C 252 de 18/09/2010, pág. 7 y ss.

91 Aprobado y ratificado por España en mayo de 2010. Véase Boletín Oficial del Estado, número 226, de 17 de septiembre de 2010, páginas 78847 a 78896.

92 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, enmendado el 28 de septiembre de 1979.

93 Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 26 de octubre de 1961.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

informático, así como cualquier complicidad deliberada con vistas a la comisión de alguno de estos delitos[94].

Si descendemos ahora al plano nacional, a título ilustrativo podemos citar a Francia, Australia, la República de China, al Reino Unido y a Japón, como ejemplos de países que optaron por aprobar normas endurecedoras de la responsabilidad penal de quienes cometiesen actos en línea infractores de derechos de propiedad intelectual, entre ellos, los relacionados con el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de tecnología P2P.

En el caso de Francia, con ocasión de la transposición de la DDASI, el artículo 21 de la *Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* estableció la imposición de penas de tres años de prisión y multa de 300.000 euros para quienes distribuyesen *software* diseñado con el fin de poner a disposición o comunicar públicamente obras sujetas a derechos de autor[95]. Por su parte, la *Copyright Amendment Act 2006* australiana fijaba, en relación al intercambio de archivos a través de redes P2P, nuevas sanciones más duras por la distribución de copias ilegitimas de obras, de modo que perjudiquen a algún titular de derechos de propiedad intelectual sobre la misma, y por facilitar la comunicación pública de obras musicales o de grabaciones de actuaciones[96]. En cuanto a la República de China, con la modificación de la *Copyright Act* en 2007, este país prohibía la distribución de *software* u otra tecnología que pudiera ser empleada para transmitir o reproducir públicamente obras protegidas, con el propósito de infringir los derechos de propiedad intelectual de sus legítimos titulares a través de Internet, sin autorización y buscando un beneficio económico, imponiéndose penas de prisión a quienes cometieren esta infracción, habilitándose la posibilidad de disolver la sociedad

---

94 Artículos 10.1, 10.2 y 11.1.

95 Declarado posteriormente inconstitucional por la *Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006*. Véase C. GEIGER, «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 – An Adaptation to the Needs of the Information Society ?», IIC, volumen 38, número 4 (2007), pág. 401 y ss.

96 Secciones 132AI, 132AO y 248PD. Disponibles online en: *<https://www.legislation.gov.au/Details/C2006A00158>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

responsable, en el caso de personas jurídicas que no cesasen en la comisión de infracciones[97].

En cuanto a lo que al Reino Unido se refiere, en diciembre de 2006, la revisión independiente de la normativa británica de propiedad intelectual encargada a Andrew Gowers señaló la existencia de una discrepancia entre las sanciones pecuniarias máximas previstas en el ámbito penal para las infracciones *online* y *offline* de derechos de autor y recomendaba su corrección[98], a lo cual el legislador británico procedería con ocasión de la redacción de la *Digital Economy Act 2010*, estableciendo en 50.000 libras esterlinas la responsabilidad penal derivada de la realización de actos infractores de derechos de autor y afines[99]. Posteriormente y con motivo de la promulgación por el Parlamento de la *Digital Economy Act 2017*, se armonizarían las penas privativas de libertad asociadas a los delitos relativos a la propiedad intelectual cometidos por vía *online* y *offline*, elevándose las primeras a partir de ese momento de dos a diez años de prisión[100]. También de gran relevancia es la extensión del dolo requerido por esta figura delictiva a quienes, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, conociesen o tuviesen motivos para conocer que estaban cometiendo una infracción de derechos de autor o que sus acciones causarían o serían susceptibles de causar un perjuicio al titular de los mismos[101].

Por último y para concluir este somero repaso de algunos ejemplos nacionales, es necesario comentar el caso de Japón, país en el que la aprobación de nuevas normas penales más severas para hacer frente a la comisión de actos *online* infractores de derechos de

---

97 Artículos 87.7, 93 y 97-1. Modificaciones a la *Copyright Act* promulgadas el 11 de julio de 2007 por Orden Presidencial No. (96) Hua-Zong -(1)-Yi-Zih 09600088051. Traducción en: *<www.tipo.gov.tw/en/AllInOne_Show.aspx?path=2557&guid=26944d88-de19-4d63-b89f-864d2bdb2dac&lang=en-us>*

98 HM TREASURY, *Gowers Review of Intellectual Property*, December 2006. Págs. 98 y 105. Disponible *online* a través de la URL: *<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228849/0118404830.pdf>*

99 Véase Provision 42, *Digital Economy Act 2010, chapter 24*. Disponible *online* en: *<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>*

100 *Digital Economy Act 2017*, Section 32, (3) y (5).

101 *Digital Economy Act 2017*, Section 32, (2) y (4).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

propiedad intelectual estuvo precedida de la instauración de normas más estrictas también en el ámbito civil. Así, en enero de 2010 entró en vigor una modificación de la ley de propiedad intelectual nipona que establecía que, a partir de ese momento, pasarían a ser considerados actos infractores tanto (i) el ofrecer en venta por Internet contenidos ilícitos con conocimiento de que lo son; como (ii) *el reproducir obras musicales o cinematográficas que hubieran sido descargadas de manera ilícita a través de Internet, también a sabiendas, aún cuando dicho uso se realice para fines privados*[102].

La segunda de estas dos novedades es de gran interés pues, hasta donde este autor conoce, se trata de la primera vez que una norma nacional va más allá de hacer responsable a quien sube o pone determinadas obras protegidas a disposición de los usuarios de Internet[103] y, además, considera también infractor *a quien las descarga*, con conocimiento y deliberación, para posteriormente reproducirlas y disfrutar así de ellas, aún cuando dicho acto tenga lugar en lo que podría considerarse parte de su esfera privada. Por lo que entiendo y tómense mis palabras con la debida cautela, parece que también podría ser considerada infractora aquella otra conducta consistente en reproducir a sabiendas las obras ilegalmente descargadas por un tercero, es decir, cuando no haya coincidencia entre el sujeto responsable de la descarga desde Internet y el sujeto que lleva a cabo el acto posterior de reproducción.

La reforma en el ámbito penal llegaría en junio de 2012, momento en el que se aprobaría una nueva modificación legislativa que ampliaba los tipos relativos a los derechos de autor en el código penal japonés, incluyéndose entre ellos a partir de octubre de ese mismo año, *los actos de descarga de determinadas obras protegidas*,

---

102 Cfr. JAPAN COPYRIGHT OFFICE. AGENCY FOR CULTURAL AFFAIRS, GOVERNMENT OF JAPAN. *Copyright System in Japan*. Tokyo, Copyright Research and Information Center (CRIC), October 2016. Págs. 12 y 33. Disponible *online* en: *<www.cric.or.jp/english/csj/doc/20161018_October,2016_Copyright_System_in_Japan.pdf>*

103 Conforme al artículo 119(1) de su Ley de Propiedad Intelectual, la puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas está castigada en Japón con hasta un máximo de diez años de prisión o diez millones de yenes, o ambos. Cfr. COPYRIGHT RESEARCH AND INFORMATION CENTER, *Copyright Law of Japan*. Tokyo, October 2014. Pág. 207. Disponible para consultas en línea a través de la URL: *<www.cric.or.jp/english/clj/doc/20150227_October,2014_Copyright_Law_of_Japan.pdf>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuando tuviesen lugar en concurrencia de varias circunstancias. En concreto, se imponía sanción de hasta un máximo de dos años de prisión o multa de hasta dos millones de yenes (a día de hoy, unos quince mil euros aproximadamente), o ambas[104], a quien descargase *grabaciones musicales u obras cinematográficas* desde Internet de manera ilícita y, posteriormente, las vendiese o distribuyese a cambio de precio o de algún tipo de comisión, independientemente de que fueran destinadas o no a uso privado[105]. En septiembre de 2018 el gabinete del primer ministro japonés Shinzō Abe comenzó a estudiar la posibilidad de extender el alcance de la norma al resto de obras del intelecto susceptibles de ser puestas a disposición a través de la red de redes[106] sin que, por el momento, dicho interés haya dado lugar a reforma legislativa alguna.

3.3.2. El desarrollo de las conocidas como medidas de respuesta gradual.

A finales de 2008, la industria norteamericana del entretenimiento decidió cambiar su estrategia para hacer frente al intercambio de archivos a través de redes P2P desistiendo de las demandas masivas contra usuarios y haciendo público su interés por llegar a acuerdos con los principales ISPs para que pusiesen en práctica lo que se denominaron como soluciones de respuesta gradual[107].

Esta propuesta tenía su raíz ideológica en la traslación al ámbito *online* de medidas estatutarias de política criminal desarrolladas en algunos territorios de Estados Unidos[108] para frenar la comisión de

---

104 Artículo 119(3) de la Ley de Propiedad Intelectual japonesa. COPYRIGHT RESEARCH AND INFORMATION CENTER, *Copyright Law of Japan*, *op. cit.*, pág. 209.

105 JAPAN COPYRIGHT OFFICE. AGENCY FOR CULTURAL AFFAIRS, GOVERNMENT OF JAPAN. *Copyright System in Japan, op. cit.*, pág. 19.

106 K. WADA AND A. MORI, «Gov't says blocking access to pirated content an option to protect right holders». THE MAINICHI, Business News Department. September 14, 2018. Disponible *online* en: *<https://mainichi.jp/english/articles/20180914/p2a/00m/0na/005000c>*

107 Véase S. MCBRIDE AND E. SMITH, «Music Industry to Abandon Mass Suits». THE WALL STREET JOURNAL, Technology. December 19, 2008. Disponible *online* a través de: *<http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html>*; y E. VAN BUSKIRK, «RIAA to Stop Suing Music Fans, Cut Them Off Instead». WIRED MAGAZINE, Epicenter. December 19, 2008. Disponible en: *<http://www.wired.com/epicenter/2008/12/riaa-says-it-pl/>*

108 Por ejemplo, en el estado de California. Cfr. *CA Penal Code § 667 (2011)*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

delitos violentos, también conocidas como *three strikes laws*[109], e inicialmente su objetivo era trasladar a los ISPs la labor de policía y supervisión de las actividades de sus usuarios de manera que, una vez denunciadas ante aquellos la realización de actos potencialmente susceptibles de infringir los derechos de autor de un tercero, sean directamente estas empresas las que pongan en marcha medidas contra los responsables[110]. Tras las pertinentes notificaciones previas o incluso la ralentización cautelar del servicio, la última "infracción" cometida por el usuario implicaría algún tipo de medida severa como, generalmente, el cese temporal o, incluso, el definitivo en el suministro del mismo. Como resulta patente, la idea de fondo es articular una serie de medidas disuasorias más efectivas, menos costosas y más próximas al usuario que la eventual apertura de un procedimiento judicial, de tal modo que la relación coste-beneficio de infringir derechos de propiedad intelectual se invierta radicalmente y, ante la percepción de un riesgo claro de verse perjudicado por la pérdida, por ejemplo, de su servicio de acceso a Internet, el usuario se refrene y desista de la realización de cualquier conducta infractora de este tipo.

Los motivos que llevan a los titulares de derechos norteamericanos a explorar esta nueva vía de actuación y a buscar acuerdos con los ISPs para hacer frente al intercambio de archivos

---

109 Su aplicación a infracciones de derechos de propiedad intelectual realizadas a través de Internet es severamente criticada por W. PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York, Oxford University Press, 2009. Págs. 11 a 14.

110 Respecto a su efectividad, véase: A. STROWEL, «Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers—Is the "Graduated Response" a Good Reply?». THE WIPO JOURNAL, número 1 (2009), pág. 75 y ss.; y J. PHILLIPS, «'Three Strikes'… and then?». JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 4, número 8 (2009), pág. 521 y ss. De entre los recientes análisis sobre sus ventajas e inconvenientes, véase A. BRIDY, «Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement», OREGON LAW REVIEW, volumen 89, número 1 (2010), pág. 81 y ss.; E. HABER, «The French Revolution 2.0: Copyright and the Three Strikes Policy», JOURNAL OF SPORTS & ENTERTAINMENT LAW, volumen 2, número 2 (2010), pág. 297 y ss., especialmente, págs. 311 a 322; N. SUZOR AND B. F. FITZGERALD, «The legitimacy of graduated response schemes in copyright law», UNIVERSITY OF SOUTH WALES LAW JOURNAL, volumen 34, número 1 (2011), pág. 1 y ss.; L. EDWARDS, «Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the field of Copyright and Related Rights», WIPO-ISOC Side-Event on the Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright. June 22, 2011. Geneva, Switzerland. Págs. 22 a 41.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

conteniendo obras protegidas a través de redes P2P son de orden práctico, económico y jurídico, fuertemente vinculadas entre sí y que pueden condensarse en tres razones fundamentales.

En primer lugar, la consolidación de un panorama de infracción masiva generalizada[111], con cientos de miles de infractores y obras afectadas. Situación ciertamente consecuencia del impacto que, tal y como explicamos en el primer capítulo del presente trabajo[112], tuvo la Revolución Digital y la irrupción de la Sociedad de la Información en la industria cultural y del entretenimiento. Pero también reflejo de la incapacidad de la industria para reaccionar de manera ágil a los cambios inesperados de un ecosistema con el que aún no estaba familiarizada y ofrecer alternativas razonables de consumo que pudieran hacer frente a la piratería de sus contenidos en Internet, como en la actualidad está ya sucediendo con plataformas como HBO, AppleTV, NetFlix, Amazon Prime o Filmin.

Una segunda razón sería el escaso éxito de las normas de propiedad intelectual en aquel entonces vigentes, para hacer frente a la "piratería" *online* de obras del intelecto, en comparación con las razonablemente buenas posibilidades que ofrecen respecto a la "piratería" *offline*[113]. Si en relación a estas últimas, de manera muy similar a lo que acontece con las falsificaciones en el ámbito tradicional de la propiedad industrial, se actúa contra actividades de explotación económica que generan importantes beneficios para el infractor, que requieren de cierta publicidad o repercusión en la esfera pública —como son las de fabricación, distribución y venta—, generalmente realizadas por un número limitado de infractores y cuya identificación y localización geográfica es relativamente sencilla; en el mundo *offline* nos encontraremos con actos de uso y disfrute, es decir, de consumo, realizados principalmente sin presencia de lucro, en un ámbito privado, por un número muy elevado de individuos cuya identificación y localización es muy complicada. También existen

111 T. RAYNA AND L. BARBIER, «Fighting consumer piracy with graduate response: An evaluation of the French and British implementations», INTERNATIONAL JOURNAL OF FORESIGHT AND INNOVATION POLICY, volumen 6, número 4 (2010), pág. 295 y 296.

112 Punto 2.

113 Cfr. T. RAYNA AND L. BARBIER, «Fighting consumer piracy with graduate response…», *op. cit.*, pág. 297.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

notables diferencias en cuanto a las consecuencias de iniciar acciones legales contra los responsables de estas infracciones en uno y otro ámbito.

En general, el balance del eventual litigio contra el pirata *offline* o el falsificador suele ser positivo desde la perspectiva del titular de derechos —se castiga al responsable, se indemniza el daño sufrido y se envía un potente mensaje disuasorio al resto de potenciales infractores—, y en términos sociales —con su actuación, el titular de derechos protege también a los autores y a los consumidores, velando por un mercado libre de copias pirata o falsificaciones—; por el contrario, el resultado de judicializar la infracción *online* es diametralmente opuesto, siendo en la mayoría de casos negativo, principalmente por conllevar una indemnización de daños menor, por no tener efectos sobre el mercado y por suponer el castigo de un consumidor por actos particulares carentes de ánimo comercial.

En el caso concreto de Estados Unidos y la DMCA, conforme a lo apuntado por diversos autores[114], esta norma fue redactada para hacer frente principalmente a los problemas que presentaba una determinada arquitectura de aplicaciones P2P —la de diseño centralizado tipo Napster—, y asumía en cierto modo que era la que se encontraba a la vanguardia tecnológica del momento y que esa situación se mantendría durante un período más o menos prolongado de tiempo, algo que, como ya sabemos, no llegaría a suceder[115]. Por ello, las acciones y medidas de tutela previstas en la DMCA acabaron no siendo de gran ayuda cuando los ISPs que proporcionaban algún tipo de servicio a los participantes en los actos de intercambio de archivos incluyendo obras protegidas no alojaban, albergaban o almacenaban estos en sus servidores y tan sólo se limitaban a prestar un servicio de intermediación consistente en transmitir dichos archivos por la red P2P de la que se tratase[116], lo cual, tras la

---

114 Por ejemplo, N. ELKIN-KOREN, «Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic», NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF LEGISLATION AND PUBLIC POLICY, volumen 9 (2006), págs. 43, 67 y 72.

115 Tal y como explicamos en los puntos 2 y 3 del Capítulo 2 del presente trabajo.

116 Véase, por ejemplo, en relación a las escasas posibilidades que la DMCA otorga a los titulares de derechos para poder obtener de los ISPs datos identificativos de los usuarios participantes en intercambios de archivos a través de redes P2P de cara a conseguir órdenes

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

resolución del caso Napster y de acuerdo con las explicaciones que daremos en el capítulo siguiente, pasó a ser un supuesto ciertamente mayoritario.

La DMCA —como también lo fue la DCE—, era en cierto modo heredera y continuadora de la filosofía y principios tradicionales que guiaban la protección de los derechos de propiedad intelectual en el mundo *offline*, cuyas características son, a los efectos que nos interesan en el presente trabajo, el establecimiento de sanciones elevadas —atendiendo al coste-beneficio que para el infractor supone la violación de derechos de tercero—, y socialmente aceptables, por aplicarse a un número limitado de infractores, no a una generalidad, a los que mueve un claro ánimo de lucro o finalidad comercial.

Con el lanzamiento y acceso generalizado del gran público a la tecnología P2P de intercambio de archivos, todos los usuarios de Internet pasan a ser potenciales infractores, diluyéndose el efecto disuasorio de las sanciones ante la inobservancia generalizada de un elevadísimo número de transgresores, a los que, en general, no guía la obtención de lucro o beneficio comercial alguno, despertándose por ello en la sociedad una cierta percepción de injusticia que se manifiesta en la aparición de corrientes de pensamiento críticas con los titulares de derechos y que se oponen y mismo cuestionan, con una fiereza y resiliencia desconocida hasta ese momento, la existencia de las medidas legalmente establecidas para la protección de los intereses de aquellos[117]. En resumen, las sanciones previstas en la DMCA dejan

---

judiciales de comparecencia, A. BRIDY, «Graduated Response and the Turn to Private Ordering…», *op. cit.*, págs. 97 a 100.

[117] Tampoco contribuyeron a ello algunas resoluciones judiciales como, en particular, las dictadas en 2007, 2008 y 2010 en relación con el primer caso de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas celebrado en Estados Unidos —*Capitol Records* v. *Thomas*—, que sirvieron para dejar patente la desproporción de los parámetros del sistema tradicional de indemnización legal por daños (*statutory damages*) cuando eran aplicadas en el ámbito de las infracciones *online*. En este caso, se condenó la puesta a disposición a través de la red KaZaa de 24 archivos, conteniendo otras tantas obras musicales protegidas, a 220.000 dólares en primera instancia, a 1.920.000 dólares en la repetición del primer juicio y a 1.500.000 en apelación, teniendo que ser finalmente reducida por el juez a 54.000 dólares, en atención a lo injusto y opresivo que la sanción legalmente establecida era en relación a los hechos juzgados. Sobre el problema véase, P. SAMUELSON AND T. WHEATLAND, «Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform», WILLIAM & MARY LAW REVIEW, volumen 51 (2009), págs. 439 a 511.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de ser efectivas, respetadas y comprendidas en supuestos de infracción masiva de derechos por una multitud de usuarios como sucede en el caso de las aplicaciones P2P para el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas[118].

Como tercer motivo que ayuda a comprender la decisión de los titulares de derechos norteamericanos de optar por el impulso de sistemas o medidas de respuesta gradual para luchar contras las infracciones de derechos a través de redes P2P está, sin duda, el fracaso de las medidas tecnológicas de protección. Las diversas soluciones, dispositivos o programas empleados para impedir o, al menos, hacer más difíciles determinados usos han fallado una tras otra, bien porque eran fácilmente sorteables, bien porque eran demasiado restrictivas y, en consecuencia, rechazadas por el propio mercado[119]. Los candados digitales no funcionaron, no fueron aceptados o simplemente sucumbieron por el avance de una tecnología de la cual eran fruto y cuyos excesos nacieron para combatir[120].

Todas estas razones, como acertadamente sintetizan BOMSEL y RANAIVOSON[121], abocan a los titulares de derechos norteamericanos a buscar una manera de hacer respetar los mismos,

---

118 Véase, en relación con todo lo dicho en este párrafo, O. BOMSEL AND H. RANAIVOSON, «Decreasing Copyright enforcement costs: the scope of a graduated response», REVIEW OF ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES, volumen 6, número 2 (2009), págs. 14 y 19.

119 Las propuestas de quienes intentaron buscar un cierto equilibrio entre ambos extremos fueron las únicas que funcionaron razonablemente bien para la industria, al tiempo que eran toleradas de buen grado por una mayoría importante de consumidores. El ejemplo más conocido fue el sistema FairPlay de Apple, el cual se incluyó en 2.500 millones de obras musicales descargadas a través de la iTunes Music Store. FairPlay permitía la copia del archivo conteniendo la obra en cualquier reproductor iPod y en CDs ordinarios, así como su reproducción simultánea en hasta cinco ordenadores debidamente autorizados. Estas limitaciones permitían un número razonable de usos sin crear un perjuicio demasiado gravoso para los titulares. Cfr. L. LESSIG, *Remix*. New York, The Penguin Press, 2008. Pág. 41.

120 Véase, en general, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION ET AL., *Digital Rights Management: A failure in the developed world, a danger to the developing world.* White paper for the International Telecommunications Union, ITU-R Working Party 6M Report on Content Protection Technologies. London, Electronic Frontier Foundation, March 23, 2005. *<https://www.eff.org/es/wp/digital-rights-management-failure-developed-world-danger-developing-world>*

121 L. LESSIG, *Remix*, *op. cit.*, pág. 25.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que llegue al mayor número posible de infractores y que permita disuadirlos de cesar en su conducta antes de que se ponga en marcha el procedimiento judicial legalmente establecido en la DMCA para la imposición de sanciones. Las opciones para alcanzar este objetivo se reducen a dos: o bien involucrar de manera directa a los ISPs en el problema, garantizando su colaboración mediante la firma de acuerdos privados con los titulares de derechos; o bien, de no ser posible la primera vía, promover reformas legislativas que les obliguen de manera indirecta a lo mismo.

La concentración existente en Estados Unidos de importantes titulares de derechos de la industria creativa, cultural y del entretenimiento, por un lado y, por otro, de potentes asociaciones que velan por sus intereses como la *Recording Industry Association of America* (RIAA) o la *Motion Picture Association of America* (MPAA), así como el dominio de los proveedores de servicios de televisión por cable en el suministro de servicios de Internet de banda ancha, hizo relativamente sencillo la implementación de la primera posibilidad en este país, incentivándose a través de los correspondientes contratos de distribución de contenidos, que fuese el proveedor de servicios de televisión por cable quien estableciese procedimientos para monitorizar y velar por el buen uso de sus servicios de acceso a Internet.

Este tipo de intervenciones por parte de los titulares de derechos, cuando se rebasa el límite del interés legítimo, pueden llegar a interferir en la gestión de la propia infraestructura de Internet, la cual ha sido diseñada desde una perspectiva de necesaria neutralidad —es decir, partiendo de la premisa de que se debe permitir la circulación imparcial de la información, independientemente de su contenido, origen y destino—. El riesgo se ha hecho realidad en Estados Unidos, abriéndose un interesante y acalorado debate intelectual y jurídico[122]

[122] La *Federal Communications Commission* aprobó en 2015 una serie de normas para garantizar el acceso libre y en igualdad de condiciones de todos los usuarios a todos los contenidos y servicios disponibles a través de Internet, sobreviviendo a una posterior impugnación judicial (véase *United States Telecom Association* v. *Federal Communications Commission and United States of America*. DC Cir., No. 15-1063 et al. June 14, 2016) pero no a la administración Trump, la cual decidió revertir dicha regulación en 2017, generando un aluvión de críticas entre gigantes de la industria de Internet como Facebook y Amazon así

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sobre la necesidad de mantener o limitar lo que se conoce como la "neutralidad de la red", el cual excede del objeto del presente trabajo pero que no podemos, cuanto menos, dejar de indicar[123].

Sin embargo, la fórmula no funcionaría demasiado bien fuera de Estados Unidos, especialmente en países como Canadá, Nueva Zelanda o la mayoría de los europeos, donde los titulares de derechos se encuentran no tan unidos ni fuertemente representados, y son las empresas de telecomunicaciones las que controlan la prestación de servicios de acceso a Internet. En estas circunstancias y tratándose, en general, de mercados muy competitivos en los que estos ISPs libran una "guerra" por captar usuarios a base de ofrecer un mayor ancho de banda a una tarifa más reducida que el rival, los ISPs son reacios a imponer por la buenas, medidas de control pro titulares que puedan poner en peligro su cuota de mercado[124].

La segunda opción posible, es decir, la promoción de reformas legislativas que obliguen a los ISPs a desarrollar medidas destinadas a impedir la infracción de derechos de propiedad intelectual, se ha venido desarrollando en los Estados Unidos a través de un buen número de propuestas dirigidas a modificar el marco regulatorio diseñado por la DMCA, endureciendo las obligaciones de los ISPs o

---

como el inicio de diversos procesos judiciales aún pendientes de resolución, entre los cuales destaca *Mozilla Corporation* v. *FCC*. DC Cir., No. 18-1051. October 1, 2019.

[123] Sobre el mismo, véase, a modo de introducción, A. MURRAY, *Information Technology Law; The Law and Society*. 3rd edition. Oxford, Oxford University Press, 2016. Págs. 26 a 40; y, ya entrando más en materia, T. WU, «Network Neutrality, Broadband Discrimination», JOURNAL ON TELECOMMUNICATIONS AND HIGH TECHNOLOGY LAW, volumen 2 (2003), págs. 141 a 176; B. M. OWEN, «The Net Neutrality Debate: Twenty Five Years after *United States v. AT&T* and 120 Years after the *Act to Regulate Commerce*», John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford Law School. Working Paper No. 336, February 2007, disponible en *<http://ssrn.com/abstract=963623>*; T. BERNERS-LEE, *Net neutrality is critical for Europe's future*. Blog de Andrus Asip, Vicepresidente y Comisario europeo de Mercado Único Digital. 2 de febrero de 2015. Disponible en: *<https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip/blog/guest-blog-sir-tim-berners-lee-founding-director-world-wide-web-foundation_en>*; y COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS, *Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, at the 1244th meeting of the Ministers' Deputies)*. Disponible en: *<https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1e59>*.

[124] O. BOMSEL AND H. RANAIVOSON, «Decreasing Copyright enforcement costs…», *op. cit.*, pág. 25.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

limitando las excepciones que dicho instrumento introdujo en 1998. Entre ellas, por ejemplo, la *Protecting Intellectual Rights Against Theft and Expropriation Act of 2004*[125], la *Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004*[126], la *Intellectual Property Enforcement Act of 2007*[127], o la *Combating Online Infringement and Counterfeits Act* del año 2010[128], no llegando ninguna a convertirse en ley.

Las últimas iniciativas importantes en Estados Unidos fueron, sin duda, la *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (también conocida como *Protect Intellectual Property Act* o por su acrónimo PIPA)[129] y la *Stop Online Piracy Act*[130]. Ambas fueron presentadas en 2011 y tenían su piedra angular en permitir el filtrado y bloqueo del acceso a aquellos sitios web que promoviesen o se beneficiasen de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual de terceros, independientemente de la jurisdicción desde la que operen las empresas responsables de los mismos y, en algunos supuestos, en virtud de la mera denuncia por parte del titular afectado[131]. Las fuertes críticas a ambos proyectos pusieron el acento en las graves consecuencias que tendrían sobre la seguridad y estabilidad del sistema de nombres de dominio, y en que su aprobación acarrearía la redefinición del concepto de inducción a la infracción de modo que no sólo entraría en conflicto con la interpretación del Tribunal Supremo norteamericano, sino que sería susceptible de perjudicar gravemente los intereses de un número importante de empresas tecnológicas como Google, AOL o eBay.[132]

---

125 Bill Text 108th Congress [2003-2004] S.2237.RS

126 Bill Text 108th Congress [2003-2004] S.2560.IS

127 Bill Text 110th Congress [2007-2008] S.2317.IS

128 Bill Text 111th Congress [2009-2010] S.3804.RS

129 Bill Text 112th Congress (2011-2012) S.968.RS

130 Bill Text 112th Congress (2011-2012) H.R.3261.IH

131 *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*, Sec. 3, y *Stop Online Piracy Act*, Sec. 102.

132 Véase S. CROCKER ET AL, *Security and Other Technical Concerns Raised by the DNS Filtering Requirements in the PROTECT IP Bill*. Mayo de 2011; así como la *Professors' Letter in Opposition to "Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011" (PROTECT-IP Act of 2011, S. 968)*, una misiva firmada por más de 100 catedráticos de universidades norteamericanas y remitida al Congreso de los Estados Unidos el 5 de julio de 2011 y a la Cámara de Representantes el 15 de noviembre del mismo año, alertando de los peligros que encerraban ambas propuestas legislativas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ninguna de las dos llegaría tampoco a ser sancionada como ley federal.

Finalmente, hay que mencionar que Estados Unidos ha intentado promover la inclusión de medidas en línea con esta segunda vía en el seno de un número importante de acuerdos bilaterales o multilaterales de libre comercio en los que han participado, entre ellos y de manera destacada el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), el *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership* (TPSEP) o el *Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement* (CAFTA-DR), si bien es cierto que con poco éxito.

Como explicaremos con detalle en los subapartados que siguen, las medidas de respuesta gradual han encontrado eco y desarrollo más allá de los Estados Unidos siendo implementadas tanto en un ámbito privado, es decir, a través de acuerdos específicos entre titulares de derechos y proveedores de servicios de la Sociedad de la Información[133]; como en un ámbito público, mediante la aprobación de normas de derecho positivo por parte de determinados países, modificándose las correspondientes legislaciones nacionales de propiedad intelectual, sometiendo todo el proceso a la supervisión de un órgano administrativo, de acuerdo con una regulación legalmente establecida, y garantizando el acceso a la vía judicial para la revisión de las resoluciones de dicho ente.

Documentos disponibles a través de la página de la ONG *Center for Democracy & Technology* vía *<https://cdt.org/files/pdfs/Security-Concerns-DNS-Filtering-PIPA.pdf>* y *<https://cdt.org/files/pdfs/SOPA_House_letter_with_PROTECT_IP_letter_FINAL.pdf>*.

[133] No entraremos a analizar la implementación en niveles inferiores del ámbito empresarial o privado de sistemas claramente inspirados en el diseño *three strikes*, pues resulta extrapolable lo que a continuación vamos a explicar en relación a los acuerdos entre titulares de derechos e ISPs. De este modo, no descenderemos en nuestro estudio a explorar la inclusión de los mismos como parte de las políticas, términos o condiciones de uso que regulan el empleo que los particulares pueden hacer de los bienes y servicios de la Sociedad de la Información que determinadas empresas ofrecen en el mercado. Un ejemplo sería la política de tres avisos de YouTube, según la cual, si un usuario acumula tres avisos de incumplimiento de derechos de propiedad de intelectual en un periodo de 90 días, su cuenta será eliminada de forma permanente de YouTube. Sobre el sistema y su funcionamiento, véase *<https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.3.2.1. Implementación mediante acuerdos privados entre ISPs y titulares de derechos: los ejemplos irlandés y norteamericano.

La adopción de esta nueva estrategia por uno de los grupos de presión globales más importantes en materia de protección de derechos de propiedad intelectual y la encarecida defensa que de la misma como un solución segura al problema del intercambio de obras protegidas a través de redes P2P, dieron su fruto, por una parte, con el establecimiento de acuerdos privados de este tipo entre titulares de derechos y algunos ISPs, pudiéndose destacar como ejemplos más significativos de entre los diversos existentes, los casos de la República de Irlanda y de los Estados Unidos[134].

En el caso irlandés, el programa de respuesta gradual se puso en marcha a finales de 2010 como parte de los términos del acuerdo transaccional alcanzado entre cuatro compañías discográficas y Eircom —actualmente Eir, a la sazón el proveedor de servicios de acceso a Internet más importante de ese país—, para poner fin al procedimiento iniciado por las primeras contra la segunda, por las infracciones de derechos de autor cometidas por los usuarios de ésta mediante el uso de redes P2P.

Si bien los principales aspectos de los términos específicos acordados por las partes son confidenciales, sí que se conoce el funcionamiento general del programa[135]: las otrora demandantes son las responsables de investigar y reportar a Eircom la potencial comisión de infracciones por parte de sus usuarios a través de redes P2P; cuando una infracción es cometida desde una dirección IP asociada con un cliente de Eircom, se da traslado de la misma al ISP, quien, a su vez, la remite al cliente acompañando la factura que, de manera regular, le remite mensualmente por los servicios contratados; si tras un período de gracia de catorce días, desde la misma dirección IP se vuelve a realizar un acto infractor similar, Eircom remite una carta formal al usuario, independiente esta vez de la correspondiente

134 En este punto seguimos principalmente la descripción de R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, número 37 (2014), págs. 172 a 180.

135 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 173.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

factura mensual. Estas dos primeras advertencias son enviadas de manera automática y sólo habrá participación humana si una nueva denuncia es recibida tras un período de gracia similar al anterior[136]. En ese caso se envía una tercera y definitiva comunicación al usuario, informándole de la inminente rescisión de su contrato y dándole un plazo de 14 días para presentar alegaciones. En ese momento, en base a los hechos contenidos en las denuncias recibidas y teniendo en cuenta las posibles eximentes o atenuantes invocadas, Eircom resuelve conforme a su criterio, suspendiendo el acceso a Internet del usuario en caso de ser considerado "culpable".

La validez del acuerdo fue objetada por parte del Comisionado de Protección de Datos irlandés, en el sentido de cuestionar si los procesos de obtención, tratamiento y revelación de direcciones IP que el mismo contemplaba eran compatibles con las disposiciones de la normativa irlandesa en materia de privacidad[137]. Las dudas fueron aclaradas por el Tribunal Supremo de la República de Irlanda, el cual concluyó que los términos del acuerdo entre Sony, Universal, Warner y EMI Records con Eircom no conculcaban el derecho constitucional a la privacidad de los usuarios de esta última, ni infringían los preceptos de la normativa en aquel entonces en vigor, por lo cual el mismo podía ser implementado[138]. De manera específica, el alto tribunal irlandés determinó que, en el contexto del acuerdo entre las discográficas y Eircom, las direcciones IP de los usuarios no podían ser considerados datos personales[139], que la potencial suspensión en última instancia de la conexión a Internet de los usuarios "culpables" de tres infracciones de derechos de propiedad intelectual no afectaba a los derechos fundamentales, libertades o intereses legítimos de dichos usuarios[140] y, por último, que el sistema de respuesta gradual implementado no afectaba a datos sensibles de los usuarios, ni durante

---

136 A. BRIDY, «ACTA and the Specter of Graduated Response», *PIJIP Research Paper no. 2* (2010). American University Washington College of Law, Washington, DC, pág. 14. Disponible en: *<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/2/>*

137 En concreto, con la *Data Protection Act 1988* (25/1988) y la *Data Protection (Amendment) Act of 2003* (6/2003).

138 *EMI Records (Ireland) Ltd and others v Eircom Ltd* [2010] IEHC 108.

139 Párrafos 18 a 25 de la decisión.

140 Párrafos 26 a 35.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

la fase de envío de avisos ni, posteriormente, con motivo de la suspensión del servicio de acceso al reincidente[141]. Salvado de este modo el incidente, el sistema irlandés se pudo poner en marcha antes de finales de 2010.

La victoria animó a las demandantes en el caso Eircom a intentar extender a otros ISPs los efectos de este acuerdo el cual, como es lógico, sólo tenía efectos vinculantes entre las partes del proceso del que traía origen. Así, EMI Records requirió a UPC, la segunda empresa proveedora de servicios de acceso a Internet, denunciando la comisión de infracciones similares de derechos de autor y afines por parte de sus usuarios y solicitando que se implementase un sistema de respuesta gradual similar al de Eircom. UPC se negó a ello y la controversia acabo de nuevo ante el Tribunal Supremo de la República de Irlanda[142].

Si bien el alto tribunal consideró que las propuestas técnicas presentadas a UPC para monitorizar las redes bajo su control e identificar mediante el uso de determinado *software* las direcciones IP de aquellos de sus usuarios que pusieran en marcha o participasen en actos ilícitos de descarga de contenidos protegidos, eran viables y proporcionadas[143] y que, de optarse por él, un sistema de respuesta gradual o *three strikes* no afectaría la privacidad de los usuarios de UPC, en línea con lo argumentado en el caso Eircom[144], lo cierto es que acabó concluyendo que en ese momento no existía disposición legal alguna en derecho irlandés que obligase a los ISPs a implementar este tipo de medidas, ni tampoco que permitiesen al tribunal aprobar el bloqueo, interrupción, desvío o suspensión del acceso a Internet de los usuarios de UPC, apuntando a una necesaria intervención del poder legislativo como la única vía para corregir dicha situación[145]. Finalmente, y en cuanto a la efectividad del programa irlandés, en 2014 no parecía que hubiese evidencias sólidas

141 Párrafos 36 a 42.

142 *EMI Records (Ireland) Ltd & Ors v UPC Communications Ireland Ltd* [2010] IEHC 377.

143 Véanse párrafos 34 a 49 de la decisión.

144 Párrafos 66 a 70.

145 Párrafos 131, 132, 135 y 138.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que demostrasen que hubiese contribuido de manera efectiva a reducir el número neto de infracciones[146].

En el caso norteamericano, tras años de negociaciones y gran empuje desde la oficina del *Intellectual Property Enforcement Coordinator* de la Casa Blanca[147], las grandes asociaciones de productores cinematográficos y musicales del país y las cinco principales compañías proveedores de servicios de acceso a Internet —AT&T, Cablevision, Comcast, Time Warner Cable y Verizon—, lanzaron en febrero de 2013 el ambicioso programa conocido como "*The Copyright Alert System*"[148]. Como en tantas ocasiones, los titulares de derechos no partían de cero. La viabilidad de este tipo de acuerdos privados con ISPs había sido comprobada de manera satisfactoria con anterioridad. Un ejemplo son los celebrados entre Verizon, uno de los mayores operadores de telefonía móvil de Estados Unidos, con Disney en 2005 y con la *Recording Industry Association of America* (RIAA) a finales de 2009[149].

Partiendo de la convicción de que muchos de los usuarios que accedían a contenidos ilícitos no eran conscientes de ello y que, de ser advertidos, dejarían de hacerlo, *The Copyright Alert System* pretendía hacer frente específicamente a las infracciones de derechos cometidas

---

146 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 191.

147 Véase anuncio de V. ESPINEL, *Working Together to Stop Internet Piracy*. The White House. Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator. July 7, 2011. <*https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2011/07/07/working-together-stop-internet-piracy*>. Desde su establecimiento en 2009, la oficina del *Intellectual Property Enforcement Coordinator* ha venido desarrollando un papel muy importante para que los intermediarios y proveedores de servicios de la Sociedad de la Información adoptasen medidas voluntarias y códigos de buenas prácticas que facilitasen a la industria creativa y del entretenimiento norteamericana la defensa de sus derechos de propiedad intelectual en el ámbito *online*. *The Copyright Alert System* es quizás el más importante de sus esfuerzos, pero ha habido más, como por ejemplo los acuerdos para cortar las vías de financiación de las páginas y sitios dedicados a la infracción de derechos de propiedad intelectual, ya sea mediante la tecnología P2P o no, y que examinaremos en detalle en el apartado 3.3.3.2 del presente capítulo.

148 Sobre el contexto general en el que se aprueba el programa y llevando a cabo una valoración del mismo desde la óptica del derecho a la libertad de expresión y a la privacidad, así como a luz de principios de gran relevancia como, entre otros, el de proporcionalidad, el de transparencia o el de igualdad, véase A. BRIDY, «Graduated Response American Style: "Six Strikes" Measured Against Five Norms», FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, volumen 23, número 1 (2013), págs. 1 a 67.

149 Cfr. A. BRIDY, «Graduated Response and the Turn to Private Ordering…», *op. cit.*, pág. 101, más antecedentes también en págs. 102 y 103.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a través de redes P2P y, en particular, a aquellas que tenían lugar mediante el uso de la tecnología BitTorrent, sin descuidar aspectos relevantes para afrontar el problema como la información al consumidor sobre el impacto negativo de la piratería en las industrias culturales y la promoción de vías responsables de acceso a contenidos protegidos, plenamente respetuosas con los derechos de autor[150].

La gestión del sistema recaía en un organismo privado denominado *Center for Copyright Information*, el cual estaba dirigido por un comité ejecutivo de seis miembros —tres en representación de la industria de contenidos y tres en representación de los ISPs—, y que, al menos formalmente, tenía la posibilidad de recibir asesoramiento no vinculante por parte de un consejo independiente compuesto por tres representantes de los consumidores[151].

El proceso de denuncia guardaba similitudes con el sistema irlandés. La puesta en marcha tenía lugar cuando uno de los titulares de derechos parte del programa identificaba un acto potencialmente infractor, llevado a cabo desde la dirección IP de un usuario de los servicios de alguno de los proveedores de servicios de acceso, también parte del mismo. Sin embargo, el sistema norteamericano contemplaba un mayor número de avisos al usuario antes de la comunicación final anunciando la toma de algún tipo de medida restrictiva del servicio de acceso a Internet que tiene contratado —hasta seis, lo cual ha hecho que el programa norteamericano fuese popularmente denominado como *six-strikes system*—; fijaba un período de gracia entre advertencias de tan sólo siete días; y daba cierta flexibilidad a los ISPs a la hora de determinar el alcance de las medidas a imponer a los usuarios para frenar la infracciones que a través de redes P2P estaban llevando a cabo —desde reducciones en las velocidades de transmisión de subida y bajada de datos contratadas

---

150 Véase CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *Memorandum of Understanding*, Final 7/6/2011. Disponible: *<http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>*. Para un análisis más detallado de este documento y de algunos de sus aspectos problemáticos, acúdase a M. LAFRANCE, «Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box», CARDOZO ARTS & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, número 30 (2012), págs. 165 a 186.

151 Seguimos en nuestra descripción a R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 176 a 180.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a recortes en los paquetes de servicios contratados, pasando por la realización de cursillos de sensibilización sobre derecho de autor hasta la restricción temporal del acceso del usuario a Internet, por el período de tiempo que el ISP correspondiente considerase oportuno[152] —.

Como singularidad hay que comentar que *The Copyright Alert System* permitía —previo pago de una tasa y la presentación de una solicitud formal acompañada de las pertinentes pruebas de descargo— , que las medidas tomadas contra los usuarios pudiesen ser revisadas de manera independiente en vía arbitral por la *American Arbitration Association*, en caso de que se hubiera dado alguna de las siguientes situaciones: error en la identificación de la cuenta de usuario asociada a la dirección IP a través de la cual se cometió la infracción; uso no autorizado de la cuenta por un tercero ajeno al usuario; existencia de autorización por parte del titular de los derechos supuestamente infringidos; *fair use*; error en la identificación del archivo conteniendo la obra protegida; o que dicha obra pertenezca al dominio público[153].

En enero de 2017, casi cuatro años después de su lanzamiento, las empresas responsables de *The Copyright Alert System* decidían poner punto y final al programa, sin informar de los motivos existentes para ello[154] ni presentar públicamente datos consolidados de las actuaciones realizadas. La única información disponible fue publicada tras los primeros diez meses de funcionamiento del programa. Según dicho informe, más de 1.3 millones de avisos fueron remitidos durante ese período y la previsión era que el número se doblase en años posteriores. De los casi 725.000 usuarios que recibieron dichos avisos

---

152 CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *Memorandum of Understanding*, *op. cit.*, págs. 10 y 11.

153 CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *Second Amendment to Memorandum of Understanding*, FINAL October 29, 2012, pág. 4. Disponible en: *<http://cciwebsite.wpengine.com/wp-content/uploads/2013/02/CCI-MOU-Second-Amendment.pdf>*

154 Uno de los vicepresidentes de la *Motion Picture Association of America* señaló, como alguna de estas razones, a la existencia de un núcleo de usuarios plenamente conscientes de la ilicitud de su comportamiento y reluctantes a modificarlo por la presión de medidas de este tipo; así como a la consolidación del *streaming* como principal actividad atentatoria contra los derechos de autor y afines en el ámbito online. Cfr. T. JOHNSON. *Internet Service Providers, Studios and Record Labels Call It Quits on Copyright Alert System*. VARIETY, January 27, 2017. *<http://variety.com/2017/digital/news/copyright-alerts-piracy-mpaa-comcast-att-1201971756/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sólo el 3% de ellos llegaron a la fase en la cual algún tipo de medida correctora de su comportamiento les era impuesta. Finalmente, sólo 265 solicitudes de revisión fueron tramitadas en vía arbitral, de las cuales 47 resultaron favorables para los usuarios[155].

3.3.2.2. Implementación doméstica a través de normas de derecho positivo.

En este apartado estudiaremos cómo ha tenido lugar la implementación de sistemas de respuesta gradual en las diferentes normativas nacionales donde se ha producido y así, analizaremos los casos de Francia, el Reino Unido, la República de Corea, la República de China y Nueva Zelanda. Sin embargo, lo haremos sin seguir su orden cronológico de aparición —las primeras en el tiempo se implantaron en la República de Corea y en la República de China—, sino comenzando por aquellas más próximas a nuestro entorno y a nuestra tradición jurídica o sobre las que pueda existir una mayor información o producción científica, como Francia y el Reino Unido.

Es importante resaltar que, del mismo modo que ha habido países que han optado por esta fórmula normativa, otros sujetos territoriales se han pronunciado en sentido contrario, rechazando tal posibilidad, entre ellos Hong Kong[156], Suecia[157], Alemania[158] y, muy especialmente, la Unión Europea. Antes de comenzar a analizar los casos particulares de los países que sí optaron por promulgar regímenes de respuesta gradual, interesa repasar brevemente las razones de la negativa comunitaria. La opción seguida por España, un procedimiento administrativo sujeto diversos controles judiciales, será

---

155 Cfr. CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *The Copyright Alert System. Phase One and Beyond.* May 28, 2014. *<http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2014/05/Phase-One-And_Beyond.pdf>*

156 J. J. HUA, *Toward a More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era.* Heidelberg, Springer, 2014. Pág. 124.

157 D. O'BRIEN. *Three Strikes, Three Countries: France, Japan and Sweden.* ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. March 18, 2008. *<https://www.eff.org/deeplinks/2008/03/three-strikes-three-countries>*

158 P. K. YU, «The Graduated Response», FLORIDA LAW REVIEW, volumen 62 (2010), págs. 1.377 y 1.378; W. PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*, *op. cit.*, pág. 11; y E. HABER, «The French Revolution 2.0: Copyright and the Three Strikes Policy», HARVARD JOURNAL OF SPORTS AND ENTERTAINMENT LAW, volume 2, issue 2 (2010), pág. 301.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

debidamente analizada y explicada en el Capítulo Quinto del presente trabajo[159].

3.3.2.2.1. El no de la Unión Europea.

El debate en el seno de la Unión Europea en relación a la adopción de este tipo de medidas por parte de alguno de sus Estados miembros ha sido ciertamente tenso, pudiendo encontrarse en dos órdenes distintos, pero ciertamente relacionados entre sí, las razones de fondo que sustentan la oposición a implementar a nivel europeo un sistema de respuesta gradual para la protección de los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que no se cumplan un mínimo de garantías y salvaguardias para evitar la afectación de derechos y libertades fundamentales de los usuarios.

Por una parte, tenemos el resultado en forma de disposición normativa, de las dificultades surgidas en el año 2009 durante la fase final de la aprobación del paquete de reformas de las normas que regulan en la actualidad las telecomunicaciones en la Unión[160]. En ese momento, la negociación en el Parlamento Europeo quedó bloqueada al respecto de la enmienda relativa a la protección de los derechos de los usuarios de Internet, al conocerse la preparación de una ley francesa según la cual, en un principio, no se establecía control judicial previo sobre el corte de la conexión a Internet de los usuarios de redes P2P. Como resultado de la polémica, la aprobación final del paquete de medidas incluyó en el artículo 1.1.b) de la Directiva 2009/140/CE la necesidad de que las medidas adoptadas por los

---

159 En concreto, en su epígrafe 5.6.

160 Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, Diario Oficial n° L 337 de 18/12/2009, pág. 11 y ss.; y Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Diario Oficial n° L 337 de 18/12/2009, pág. 37 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas *respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas*, tal y como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario, de tal modo que, cualquier medida que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales

> "solo podrá imponerse si es *adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática*, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas [...], que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por lo tanto, *dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada.* Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, [...]. Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno."[161]

Por otro lado, este primer conjunto de requisitos mínimos se vería complementado con motivo de las negociaciones mantenidas por la Unión Europea en relación a la aprobación del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), cuyo objetivo era la adopción de un nuevo acuerdo multilateral que reforzase el respeto de los derechos de propiedad intelectual y combatiese de manera más efectiva la

---

[161] Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Diario Oficial nº L 337 de 18/12/2009, artículo 1.1.b), segundo párrafo. Énfasis y entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

falsificación y la piratería, en particular la existente en el entorno digital[162].

El texto del acuerdo fue evolucionando durante diversas rondas previas de negociaciones, hasta alcanzarse una versión en la que si bien no se establecía la obligación de establecer procedimientos específicos para hacer frente al problema de los usuarios de Internet que infringiesen de manera reiterada derechos de tercero, sí se indicaba que los respectivos Estados parte deberían "fomentar" de manera activa la "cooperación voluntaria" de los ISPs con los titulares para hacer frente al problema de la infracción de sus derechos, lo cual, según algunos autores, suponía un caso claro de doble lenguaje y un subterfugio para imponer de manera implícita un sistema de respuesta gradual a nivel global[163].

Pues bien, el Supervisor Europeo de Protección de Datos advirtió de oficio en 2010 que, en la medida en que el proyecto de ACTA impulsaba políticas de respuesta gradual, su aprobación "*limitaría en gran medida los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos, en particular la protección de los datos personales y la intimidad*", y que la protección de la propiedad intelectual "*no debe*[ría] *situarse por encima de los derechos fundamentales de las personas a la intimidad, la protección de datos y otros derechos como la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión*"[164].

A este primer dictamen seguiría un segundo tras la publicación en 2011 del texto del acuerdo propuesto sobre el ACTA que debería ser sometido a votación en la Eurocámara[165]. Además de insistir en lo ya

---

162 Para una aproximación al mismo, véase A. SEGURA SERRANO, «El Acuerdo Comercial de lucha contra la falsificación (ACTA): una evaluación desde el derecho de la UE», REVISTA GENERAL DE DERECHO EUROPEO, número 28, 2012.

163 A. BRIDY, «ACTA and the Specter of Graduated Response», *op. cit.*, págs. 8 a 10.

164 P. HUSTINX. *Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA)*. 2010/C 147/01. Hecho en Bruselas, el 22 de febrero de 2010, puntos 83 y 84. Entre corchetes propio.

165 G. BUTTARELLI. *Resumen de conclusiones del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

advertido con anterioridad, el Supervisor Europeo alertaba específicamente que el acuerdo propuesto (i) no aclaraba el ámbito de aplicación de las medidas de observancia de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital; tampoco si éstas estaban únicamente destinadas a las infracciones a gran escala, no quedando expresamente excluidos los actos llevados a cabo por usuarios privados para fines personales y sin ánimo de lucro; (ii) no ofrecía la suficiente seguridad de que la divulgación de los datos personales de los supuestos infractores sólo tendría lugar bajo el control de las autoridades judiciales; (iii) incluía muchas medidas de cooperación que implicarían un tratamiento de datos personales por parte de los proveedores de servicios de Internet que iría más allá de lo que la legislación de la Unión Europea permitía en esos momentos; y finalmente, que (iv) no incluye suficientes restricciones respecto de la aplicación de medidas que conllevarían la supervisión a gran escala de redes de comunicación electrónica, no estableciéndose garantías como el respeto de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, la tutela judicial efectiva, el derecho a un juicio justo y el respeto del principio de presunción de inocencia[166].

Con el rechazo abrumador al acuerdo ACTA en el Parlamento Europeo el 4 de julio de 2012[167] y la aprobación en 2009 de las directivas reguladoras de las telecomunicaciones, se puede decir que la Unión Europea establecía un marco de facto, cuyas fronteras vendrían a estar delimitadas por la regulación y acervo comunitario en materia de protección de derechos, libertades y garantías fundamentales, señalando determinadas líneas rojas que no deberían ser traspasadas en la defensa de los derechos de autor y afines, especialmente en la lucha contra su conculcación en línea. Una de estas líneas rojas, tal y como hemos explicado y sobre la que volveremos más adelante, a la hora de explorar las ventajas e

---

República de Singapur y la Confederación Suiza. 2012/C 215/08. Hecho en Bruselas, el 24 de abril de 2012.

166 *Ibidem*, punto 71.

167 Sobre su andadura parlamentaria, véase: PARLAMENTO EUROPEO, *Todo sobre ACTA*. Bruselas, 4 de julio de 2012. Disponible en línea a través de: *<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20120220FCS38611+0+DOC+XML+V0//ES>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

inconvenientes de los sistemas de respuesta gradual, es el derecho a la protección de la privacidad y de los datos de carácter personal.

3.3.2.2.2. Países que han implementado sistemas de respuesta gradual en su legislación nacional.

a) Francia.

Con notable retraso respecto a otros Estados miembros de la Unión Europea, las disposiciones de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI)[168] fueron transpuestas en Francia por la *Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (en adelante, DADVSI), modificadora del *Code de la Propriété Intellectuelle* (o CPI).

La promulgación de la norma vino precedida de acalorados debates tanto parlamentarios como sociales sobre el contenido y alcance de las hipotéticas medidas que la DADVSI debería incluir, motivado sin duda por la decisión del legislador francés de ir más allá de las obligaciones impuestas por la regulación comunitaria y entrar a abordar en una sola ley diversas y complejas cuestiones relativas a la protección en Internet de los derechos de autor como, por ejemplo, el intercambio de archivos a través de redes P2P[169]. Haciendo bueno el dicho de que quien mucho abarca poco aprieta, lo finalmente aprobado en sede parlamentaria no culminaría la expectación creada y las enmiendas finalmente adoptadas divergirían de las inicialmente propuestas para dar solución al problema del tráfico de obras protegidas a través de redes P2P.

Por lo que se refiere a las propuestas en relación a la materia objeto de nuestro estudio, a finales de 2015 los parlamentarios franceses aprobaron enmiendas a la ley de propiedad intelectual que, en primer lugar, impedían que los derechohabientes pudieran

---

168 Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001, pág. 10 y ss.

169 Criticando esta decisión, véase C. GEIGER, «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 – An Adaptation to the Needs of the Information Society?», IIC, volumen 38, número 4 (2007), págs. 402 y 403.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

oponerse a la realización no autorizada de actos de reproducción en cualquier medio, procedentes de un servicio *online* de telecomunicaciones, si estos eran llevados a cabo por persona física, para su uso privado, sin finalidad comercial directa o indirecta, y los mismos estuvieran sujetos a remuneración compensatoria; y, en segundo término, establecían la implementación de sanciones reducidas por la comisión de actos ilícitos de descarga de contenidos protegidos, los cuales dejarían ya de ser considerados delitos y pasarían a constituir meras faltas[170]. La primera medida —la cual establecía que, en presencia de determinadas condiciones, la descarga de archivos conteniendo obras protegidas estaría amparada por la excepción de copia privada[171]—, fue directamente revertida por el propio parlamento, anulándose de manera un tanto sorprendente lo aprobado en sesión, mientras que era el *Conseil Constitutionnel* quien, al mismo tiempo que validaba el procedimiento seguido por el parlamento para dejar sin efecto aquella primera[172], declaraba inconstitucional la segunda al entender que las singularidades de las redes P2P de intercambio no lo son tanto como para justificar la diferencia de trato pretendida, conculcándose de este modo el principio de igualdad ante la ley penal[173].

En cuanto a las enmiendas que finalmente sí entraron en vigor, por un lado, el artículo L 335-12 que aprobaba la DADVSI imponía a todo titular de un derecho de acceso a servicios públicos de telecomunicaciones, la obligación de velar por que el mismo no fuese empleado para reproducir o comunicar sin autorización obras del intelecto[174], debiendo seguir en todo momento las indicaciones de

---

170 Véase C. GEIGER, «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights…», *op. cit.*, págs. 404 y 405; y «Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI) – A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France», IIC, volumen 42, número 4 (2011), págs. 459 a 463.

171 C. GEIGER, «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights…», *op. cit.*, pág. 404.

172 CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Décision n° 2006-540 DC, du 27 juillet 2006. Journal officiel du 3 août 2006, page 11541, texte n° 2.* Párrafos segundo a séptimo.

173 *Ibidem*. Párrafo sexagésimo quinto.

174 Deber de monitorización que sería derogado tres años más tarde por la *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, norma que a continuación explicaremos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

seguridad que, a estos efectos, le fueran remitidas por la empresa que le proporcionase los correspondientes servicios de acceso[175].

Por otro, la DADVSI introdujo la responsabilidad penal de los desarrolladores de *software* cuando tuviesen como objetivo o finalidad obvia hacer públicamente accesibles sin autorización obras protegidas por el derecho de autor[176], legitimándose a los tribunales a imponer cualquier tipo de medida necesaria para proteger estos derechos cuando dichos programas informáticos sean utilizados principalmente para la puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas[177], siguiendo claramente la línea marcada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Grokster, el cual será objeto de análisis en el siguiente capítulo del presente trabajo.

Habiendo quedado ciertamente incompleta esta primera propuesta normativa dirigida a hacer frente al problema del intercambio no autorizado de archivos conteniendo obras protegidas[178], las autoridades francesas encargaron la elaboración del conocido como "Informe Olivennes"[179], cuyas conclusiones servirían, partiendo por una parte, del reconocimiento del hecho que el acceso a Internet constituye un oportunidad sin precedentes para la difusión de la cultura y, por otra, de la necesidad de favorecer la explotación de contenidos culturales, protegiendo la misma de la utilización ilegal a través de redes de comunicaciones por terceros[180]; para la gestación de una nueva norma: la *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, también conocida

---

175 Y que, en virtud del artículo L 336-2, estos debían remitir regularmente a sus usuarios mensajes destinados a aumentar su sensibilización frente a los peligros que para la creación artística supone la descarga e intercambio de obras protegidas. C. GEIGER, «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights…», *op. cit.*, pág. 427.

176 Artículo L 335-2-1 CPI.

177 Artículo L 336-1 CPI.

178 Cfr. C. GEIGER, «Honourable Attempt but…», *op. cit.*, pág. 464.

179 D. OLIVENNES, *Le développement et la protection des oeuvres culturelles sur les nouveaux réseaux. Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication*. Paris, Novembre 2007.

180 Véase M. A. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, «Los derechos de autor en la sociedad de la información», en A. MACÍAS CASTILLO Y M. A. HERNÁNDEZ ROBLEDO (coords.), *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías*. Madrid, La Ley, 2008. Págs. 115 y 116; y J. I. VIDAL PORTABALES, «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P. Especial referencia al caso francés (HADOPI).», ADI, vol. 29 (2008-2009), pág. 599 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

como "HADOPI 1", pues establecía, como novedad singular, la creación de un organismo administrativo, la denominada *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet* (en adelante, la Alta Autoridad)[181], que contaba entre sus competencias con la supervisión del uso lícito e ilícito de obras sujetas a derechos de autor en las redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la prestación de servicios de comunicación al público[182]. Sin embargo, muchas de sus disposiciones serían derogadas por decisión del Consejo Constitucional francés[183], por lo que HADOPI 1 precisó ser completada con una nueva norma, la *Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* o "HADOPI 2". HADOPI 1 y HADOPI 2 constituyen, por tanto, la estructura normativa de respuesta gradual articulada en Francia para frenar el intercambio de archivos a través de redes P2P.

El procedimiento de tres avisos articulado en HADOPI 1 era relativamente sencillo[184]. Tras la denuncia de los titulares de derechos afectados o de las asociaciones colectivas que legalmente los representan[185], después de realizar una investigación preliminar para comprobar la veracidad *prima facie* de los hechos puestos en su conocimiento y confirmar que dispone de toda la información necesaria para iniciar el proceso; la Alta Autoridad envía al presunto infractor una primera comunicación electrónica, remitida a través de su operador de red o proveedor de servicios de acceso a Internet, informándole de la obligación de vigilar que el acceso a dichos servicios de comunicación en línea no debe ser objeto de utilización ilícita y de las posibles sanciones a las que se expone[186]. En caso de que se repitiese el mismo hecho dentro de un período de seis meses desde la fecha del primer aviso, se volvería a enviar una segunda

---

181 Artículos L 331-12 a L 331-37 CPI.

182 Artículo. L 331-13.1 CPI.

183 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Journal officiel du 13 juin 2009, page 9675, texte n° 3.*

184 Véase, por ejemplo, J. I. VIDAL PORTABALES, «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P…», *op. cit.*, págs. 624 a 627.

185 Artículo L 331-24 CPI.

186 Artículo L 331-26 CPI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicación certificada[187]. Si se produjese una nueva infracción en el periodo de un año desde la recepción de esta segunda notificación, la Alta Autoridad podría ordenar, tras un procedimiento contradictorio, la interrupción del acceso al servicio por un período de dos meses a un año, incluyéndose los datos del usuario en un listado remitido a terceros ISP para evitar la contratación de nuevos servicios con un proveedor diferente durante el período de sanción[188].

Sin embargo, en su decisión de 10 de junio de 2009, el *Conseil Constitutionnel* entendió que esta potestad sancionadora que el legislador atribuía a la Alta Autoridad era excesiva y que podía suponer la restricción del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de comunicación pública de los usuarios, una posible vulneración del principio de presunción de inocencia que les corresponde[189] y, en relación a la obtención y tratamiento de datos de carácter personal identificadores de los titulares de acceso a los servicios de comunicación, por parte de los agentes habilitados por la propia Alta Autoridad, un perjuicio desproporcionado al derecho a la intimidad de los usuarios, toda vez que los derechohabientes disponen de otros recursos jurisdiccionales para la defensa de sus intereses[190].

Para salvar el escollo, HADOPI 2 estableció un mecanismo judicial de control y supervisión de las facultades de sanción con las que se quería dotar a las autoridades administrativas, el cual fue aceptado por el *Conseil Constitutionnel*[191], de tal modo que, desde su entrada en vigor en 2010, la medida complementaria de desconexión del servicio de acceso sólo podía decretarse en el marco de un proceso

---

187 Artículo L 331-26, párrafo 2, CPI.

188 Artículo L 331-27 CPI.

189 Para el *Conseil Constitutionnel* la decisión de suspender la conexión a Internet de los infractores debe ser tomada por los tribunales y no por una autoridad administrativa, y la asunción de que el responsable de la infracción es el titular de la cuenta de acceso (y no el usuario específico que lo habría llevado a cabo), salvo que pueda probar lo contrario, no se alinea demasiado bien con el principio constitucional francés de presunción de inocencia. Cfr. A. STROWEL, «Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers…», *op. cit.*, pág. 81.

190 J. I. VIDAL PORTABALES, «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P…», *op. cit.*, págs. 628 y 629.

191 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, Journal officiel du 29 octobre 2009, page 18292, texte n° 3.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

penal[192]. A diferencia de lo previsto en HADOPI 1, cuando tuviese lugar una nueva infracción en ese periodo de un año a contar desde la recepción de la segunda notificación, la Alta Autoridad debería elaborar un informe argumentando la procedencia de imponer la desconexión del usuario y remitirlo a la Fiscalía para que, una vez iniciado el proceso a instancias del ministerio público, bien como procedimiento ordinario o abreviado[193], fuese el juez el que decidiese sobre la conveniencia o no de adoptar tal medida[194]. Comparado con el resto de las soluciones de respuesta gradual aprobadas en otros países y que veremos en los apartados siguientes, esta remisión al juez penal dota sin duda al sistema francés de un elevado nivel de garantía para el usuario, en cuanto a lo que a su derecho a un proceso justo se refiere[195].

Con todo, la puesta en práctica del procedimiento establecido en HADOPI 2 se vio ciertamente demorada, primero a la espera de la aprobación por parte de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* sobre los datos que debían ser gestionados por la Alta Autoridad[196], y, segundo, por la prudencia del Consejo de Estado[197],

---

192 Artículo L 335-7 CPI.

193 En el primero se celebra una vista en sede judicial y el acusado es escuchado. En el segundo, como corresponde generalmente a los procedimientos acelerados, el juez toma una decisión en base al informe de la Fiscalía y a las pruebas ante él presentadas. La orden que se dicte podrá ser recurrida por el afectado en un plazo de 45 días desde su notificación efectiva y entonces sí, tendrá lugar una vista. Cfr. C. GEIGER, «Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately…», *op. cit.*, pág. 469.

194 Merced a la modificación del artículo 398-1 del *Code de Procédure Pénale*.

195 N. SUZOR AND B. F. FITZGERALD, «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law», *op. cit.*, pág. 23.

196 J. HENNI, «Un différend avec la Cnil retarde encore l'Hadopi», La Tribune.fr, 23/12/2009. La cuestión no era baladí, véase, en relación a la influencia de la normativa de protección de datos en la toma de medidas para combatir el intercambio de archivos en Alemania: C. CZYCHOWSKI AND J. NORDERMANN, «Use of Retained Data and Copyright Law in Germany — The German Data Protection Problem to Fight Internet Piracy», EIPR, número 4 (2010), pág. 174 y ss.

197 Órgano que poco después tendría que resolver, en sentido desfavorable, el recurso presentado por el proveedor de servicios de acceso FDN y la multinacional norteamericana Apple contra HADOPI 1 y HADOPI 2, afirmando que el procedimiento sancionador establecido en ambas normas no infringía el derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Véase CONSEIL

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

partidario de aguardar por un posicionamiento más claro en la Unión Europea sobre un hipotético endurecimiento de las medidas comunitarias de protección del derecho de autor en Internet[198].

Tras dieciocho meses de funcionamiento, la Alta Autoridad hizo público su primer informe oficial de actuaciones. De las casi 650.000 comunicaciones electrónicas de primera infracción que fueron enviadas, tan sólo 11.000 usuarios tuvieron que ser advertidos por segunda vez y únicamente 60 de ellos comenzaron a ser investigados como paso previo a un posible inicio de acciones legales[199]. El Gobierno francés, en aquel entonces presidido por Nicolas Sarkozy, calificó la labor de la Alta Autoridad como exitosa, defendiendo el presidente galo un descenso del 35% en el intercambio ilícito de archivos a través de redes P2P y la necesidad de afrontar una posible reforma legislativa para ampliar el espectro regulatorio de la ley y abarcar nuevas modalidades infractoras[200].

Ya bajo la presidencia de François Hollande y tal y como había sucedido tras la aprobación de la DADVSI, el Gobierno francés encargó a un reconocido experto en el ámbito de la cultura, la elaboración de un informe sobre posibles medidas a adoptar en este ámbito y, en particular, sobre el papel y el futuro de la Alta Autoridad. Las conclusiones a las que en el mismo se llegó fueron demoledoras. Para el comisionado Pierre Lescure, otrora director general de Canal+, el objetivo que buscaba HADOPI 2 no había sido alcanzado y, que si

---

D'ETAT, *19 octobre 2011, société Apple Inc et société I-Tunes Sarl, décision nº 339154*, y *association French Data Network, décisions nº 339279* y *nº 342405*.

198 En este sentido, hay que recordar que el Comité de Asuntos Jurídicos JURI del Parlamento Europeo aprobaba el 1 de junio de 2010 el informe de la europarlamentaria francesa Marielle Gallo, sobre el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, que reclamaba un endurecimiento de las medidas existentes, especialmente las de naturaleza penal a través de la Directiva 2004/48/EC. Véase EUROPEAN PARLIAMENT. *Report on enforcement of intellectual property rights in the internal market (2009/2178(INI)). Committee on Legal Affairs. Rapporteur: Marielle Gallo*. Brussels, 3 June 2010, puntos 8, 10, 11 y 13.

199 R. KARAYAN. «L'Hadopi jouera son avenir en 2012», L'Express L'Expansion, Économie, High-Tech, 29.09.2011. Disponible en: *<http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-hadopi-jouera-son-avenir-en-2012_263447.html>*

200 LE MONDE, «Nicolas Sarkozy veut étendre les lois contre le piratage au streaming», Technologies, 18.11.2011. Disponible *online* en: *<www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/18/nicolas-sarkozy-veut-etendre-les-lois-anti-piratage-au-streaming_1606123_651865.html#ens_id=1280818>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

bien era posible que en algo se hubiese reducido el volumen de infracciones de derechos cometidas a través de redes P2P, lo cierto era que la satisfacción de la demanda de contenidos protegidos de los usuarios simplemente se había trasladado a otras fuentes ilícitas, por lo que se recomendaba mantener el sistema de respuesta gradual pero desmantelando la Alta Autoridad, asignando sus competencias a otros órganos administrativos; limitar el importe de las multas por infracción de derechos de autor y afines a un importe pecuniario máximo de 60 euros y abandonar la imposición de medidas de desconexión a los usuarios reincidentes[201].

El Gobierno tomó buena nota del "Informe Lescure" y, el 8 de julio de 2013, aprobaba un decreto por el que se derogaba la medida complementaria de desconexión del usuario infractor del servicio de acceso a Internet[202] y al que algunos autores, por aquello de mantener la denominación, tuvieron a bien designar coloquialmente como "HADOPI 3". Las sanciones económicas no se redujeron al importe sugerido por el "Informe Lescure" y, desde un punto de vista técnico, se mantenía la posibilidad de aplicar medidas de desconexión a casos flagrantes de infracción pero, tal y como manifestó públicamente el Gobierno presidido por Hollande, su imposición no era considerada ya como una solución adecuada al problema, debiendo redirigirse los esfuerzos a hacer frente a la piratería "comercial" y procederse a eliminar la figura de la Alta Autoridad[203], lo cual, a día de hoy, no ha tenido lugar.

Entre el 1 de diciembre de 2011 y el 31 de octubre de 2017, la Alta Autoridad remitió 2.146 informes de infracción al Ministerio

---

201 Cfr. P. LESCURE, *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique.* Ministere de la Culture et de la Communication. Paris, Mai 2013, págs. 32 a 34.

202 *Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle. Journal officiel du 9 juillet 2013, page 11428, texte n° 60.*

203 Véase, por ejemplo, MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, *Publication du décret supprimant la peine complémentaire de la suspension d'accès à Internet.* Communiqué de presse. Paris, le juillet 2013. *<http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/72701/555642/file/130709_MCC%20- %20cp%20suspension%20d%27acc%C3%A8s%20%C3%A0%20internet.pdf>.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Fiscal, de los cuales 583 concluyeron con la condena del denunciado: 394 con la imposición de multas menores, algún tipo de medida cautelar o trabajos en beneficio de la comunidad; y 189 con sanciones más graves[204], entre las que se pueden incluir multas de hasta 1.500€ y, para los casos más extremos, hasta 3 años de prisión y/o multa de 300.000 euros.

A día de hoy podría ciertamente concluirse que la Alta Autoridad se encuentra lejos de desaparecer, sino más bien en fase de transición[205]. Su actividad se mantiene y las recomendaciones sobre política normativa que de este órgano emanan, por ejemplo, proponiendo recientemente al legislador que afronte la toma de diversas medidas que permitan mejorar la defensa de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital, permitir un bloqueo más ágil de las páginas web infractoras, extendiendo la medida a posibles páginas espejo (*mirrors*) que repliquen el contenido de las primeras; y hacer frente a las plataformas de *streaming* y a los decodificadores o receptores de señales digitales de televisión (*set-top boxes*) que permiten el visionado de contenidos protegidos con suma facilidad y difícil trazabilidad[206], son tenidas muy en cuenta en el Elíseo.

b) Reino Unido.

En este país, la normativa de respuesta gradual se articula en base a la *Digital Economy Act 2010*[207] (DEA), norma que autoriza, mediante las pertinentes enmiendas de la *Communications Act 2003*[208](CA), a la *Office of Communications* (OFCOM), organismo regulador que controla y supervisa el mercado de las

---

[204] HAUTE AUTORITÉ POUR LA DIFFUSION DES OEUVRES ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET, *Rapport d'Activité 2016-2017*. Paris, diciembre de 2017. Pág. 37.

[205] Véase, en general, L. DUTHEILLET de LAMOTHE et B. GASCHET, *Étude juridique; La procédure de réponse gradué de la Hadopi*. Saisine du président de la Hadopi du 24 août 2017. Paris, 14 décembre 2017.

[206] HAUTE AUTORITÉ POUR LA DIFFUSION DES OEUVRES ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET, *Rapport d'Activité 2016-2017*, *op. cit.*, págs. 75 a 77.

[207] *Digital Economy Act 2010, chapter 24*. Disponible *online* en la URL: <*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents*>

[208] *Communications Act 2003, chapter 21*. Disponible *online* en la URL: <*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

telecomunicaciones en el Reino Unido, a implementar una serie de medidas destinadas a reducir la infracción de derechos de autor y afines en el ámbito *online*[209], así como a imponer cierto tipo de sanciones técnicas a los infractores *sin necesidad de intervención judicial*[210] y por un período de tiempo *indeterminado*[211] —lo cual constituye una diferencia notable respecto al modelo francés explicado en el apartado anterior— como el limitar su velocidad de conexión, bloquear determinados recursos y contenidos o, en última instancia, restringir o instar la suspensión del servicio de acceso a Internet; o sanciones de naturaleza pecuniaria que, si bien se incrementan hasta las 50.000 libras esterlinas en el ámbito penal[212], no podrán superar en todo caso las 250.000 libras[213].

Para ello, la DEA modifica la CA y crea dos nuevas obligaciones para los operadores de redes y proveedores de servicios de acceso[214], además de la necesidad de colaborar con la OFCOM en la puesta en práctica de la ley[215]. La primera es que los ISPs tienen que encargarse de notificar a aquellos usuarios cuyas direcciones IP asociadas a sus conexiones de acceso hayan sido denunciadas como posible origen de actos infractores. La segunda es la obligación de conservar los datos anónimos de esos presuntos infractores, así como un registro del número de infracciones atribuidas —conocida posteriormente denominada como *Copyright Infringement List* (CIL)—, para su provisión a los derechohabientes en caso de un posible requerimiento judicial, a los efectos de que puedan ser debidamente identificados.

---

209 Seguimos en este apartado, principalmente, a J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford, Oxford University Press, 2016. Págs. 149 a 163; y a R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 166 a 172.

210 Lo cual, como apuntan SUZOR y FITZGERALD, implica un claro riesgo de que en el modelo británico se acaben imponiendo sanciones de desconexión a infracciones que, de ser sometidas a discreción judicial, podrían ser castigadas con medidas mucho menos rigurosas. Véase N. SUZOR AND B. FITZGERALD, «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law», *op. cit.*, pág. 7.

211 Provision 9 DEA, insertando una nueva sección 124G(3) en el texto de la CA.

212 Provision 42 DEA, modificando la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

213 Provision 14 DEA, insertando una nueva sección 124L(2) en el texto de la CA.

214 Provisions 3 y 4 DEA.

215 Como recordaba G. WESTKAMP, «The Digital Economy Act and Copyright Liability: Initial observations on the Dangers of Self-Regulation», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 6, 15 de diciembre (2010), pág. 170 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La DEA establecía que el número mínimo de denuncias acumuladas durante un determinado período de tiempo que permitiría a los titulares de derechos obtener, vía judicial, las señas de estos infractores[216], así como otras cuestiones más de naturaleza operativa, serían fijadas en un código a pactar con las industrias afectadas, denominado *Initial Obligations Code*[217]. En ausencia del mismo, como efectivamente sucedió, recaería en OFCOM la responsabilidad de redactar dicho código de acuerdo con las disposiciones y requisitos fijados en la DEA[218]. Así y como primer paso para alcanzar esta meta, OFCOM puso en marcha, allá por mayo de 2010, una consulta pública sobre el primer borrador de dicho código[219], el cual sería de aplicación a aquellos ISPs de acceso fijo con más de 400.000 abonados y establecía un sistema de tres avisos para los usuarios, requiriéndose al menos un mes de diferencia entre cada uno de ellos. Las dos primeras advertencias podrían ser enviadas por correo ordinario o electrónico, la tercera requería entrega certificada. Todas ellas tendrían que estar redactadas de manera lo suficientemente comprensible para que el usuario comprendiese su situación. Todo usuario que hubiese recibido tres avisos de infracción en un período de doce meses sería inscrito en la CIL gestionada por su respectivo proveedor de servicios de acceso a Internet, pudiendo los titulares de derechos solicitar una versión consolidada de dicha lista cada tres meses y el ISP correspondiente tendría cinco días para facilitársela.

El diseño del sistema se completaba con el establecimiento de un órgano de apelación, ante el cual podían recurrir los usuarios para, sin

---

216 A diferencia de otras propuestas nacionales, alguna incluso dentro de su misma tradición jurídica como Nueva Zelanda —la cual será objeto de estudio más adelante—, la DEA permite al titular de la cuenta de acceso cuya dirección IP ha sido identificada como participante en una infracción el alegar como defensa que la infracción ha sido cometida por otra persona. Es decir, la DEA no hace directamente responsable al titular de la cuenta de lo que desde ella ocurra, sino que permite derivar la responsabilidad al verdadero infractor en caso de que, lógicamente, pueda identificarla. Véase Provision 13 DEA, insertando una nueva sección 124K(6)(a) en el texto de la CA.

217 Provision 5 DEA.

218 Provision 6 DEA.

219 Véase OFCOM. *Online Infringement of Coyright and the Digital Economy Act 2010. Draft Initial Obligations Code.* 28 May 2010. Disponible en: *<https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-2/copyright-infringement#>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

revelar su identidad, defenderse de las presuntas infracciones objeto de denuncia[220], si bien, curiosamente, no se indicaba cual era el plazo legal habilitado para ello. La carga de la prueba en la fase de apelación corresponde al titular de derechos o al ISP, estableciendo la DEA qué cualquier apelación será resuelta en su contra si no son capaces de demostrar que la actividad denunciada constituye un acto efectivo de infracción y que ha tenido lugar desde la dirección IP del usuario en el momento denunciado[221]. En caso de que la apelación se resolviese en favor del usuario, los titulares de derechos y los ISPs podrían ser obligados a reparar las consecuencias que, para el usuario, la denuncia de infracción hubiere podido originar, incluyéndose la posibilidad de recibir una compensación y el reembolso de los gastos en los que este hubiera tenido que incurrir[222]. En caso contrario, la reclamación del titular de derechos será registrada como válidamente realizada y, de ser el caso, debidamente reflejada en la CIL[223].

Este primer borrador de mayo de 2010 acompañaba a la consulta presentada poco antes por el Gobierno británico para establecer cómo se distribuirían entre ISPs y titulares de derechos los gastos necesarios para la implementación y correcto funcionamiento del sistema de respuesta gradual que la DEA establecía[224], y no pudo ser revisado por OFCOM hasta dos años más tarde[225]. Las principales causas del retraso fueron, por un lado, la revisión judicial de las disposiciones contenidas en la DEA y la resolución del subsiguiente recurso de

---

220 *Ibidem*, Section 7.

221 Provision 13 DEA, insertando una nueva sección 124K(5) en el texto de la CA.

222 OFCOM. *Online Infringement of Coyright and the Digital Economy Act 2010. Draft Initial Obligations Code*, op. cit, párrafo 7.12.

223 *Ibidem*, párrafo 7.13.

224 DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. *Online Infringement of Copyright (Initial Obligations) Cost-Sharing*. Consultation document. 30th March 2010. Disponible en línea a través de la URL: *<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110207094250/http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-sectors/docs/10-915-consultation-online-infringement-of-copyright.pdf>*. Para un análisis comparativo en ese momento histórico de los sistemas de respuesta gradual aprobados en Reino Unido y Francia, véase T. RAYNA AND L. BARBIER, «Fighting consumer piracy with graduate response…», *op. cit.*, págs. 294 a 314.

225 OFCOM. *Online Infringement of Coyright and the Digital Economy Act 2010. Notice of Ofcom's proposal to make by order a code for regulating the initial obligations.* 26 June 2012. Disponible en: *<https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/infringement-notice>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

apelación; y, por otro, el necesario examen posterior por parte del ejecutivo de la legislación secundaria que, como resultado de la revisión judicial indicada, debía regular la distribución de gastos del sistema de respuesta gradual.

Dicha solicitud de revisión judicial fue presentada por las operadoras British Telecom y Talk Talk y afectaba a varias de las disposiciones contenidas en la DEA[226], en particular, a las referentes a la obligación de suspender las cuentas y proporcionar datos de quienes descargasen de manera ilícita contenidos protegidos desde Internet, por entender estos ISPs que podrían ir en contra de la regulación comunitaria en materia de derechos humanos. En primera instancia, el tribunal supremo británico entendió que no había fundamento alguno para ello, afirmando la consistencia de la normativa con la legislación europea y la existencia de garantías suficientes en la DEA para asegurar la necesaria protección de los derechos de los usuarios y los intereses de los ISPs[227].

Sin embargo, se autorizó la presentación de recurso de apelación[228], al considerar el tribunal correspondiente que existían razones suficientes para entender que la DEA fue aprobada sin seguir los procedimientos adecuados para ello y que podría ser contraria a las disposiciones contenidas en la DCE y en las directivas relativas al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas [229], a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[230] y, por último, a la

---

226 Disponible en: <*http://www.talktalkblog.co.uk/download/sfg-final.pdf*>

227 *R* (on the Application of British Telecommunications Plc & TalkTalk Telecom Group Plc) v *The Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2011] EWHC 1021 (Admin).

228 *The Queen* (on the Application of British Telecommunications Plc & TalkTalk Telecom Group Plc) v *The Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2011] EWCA Civ 1229.

229 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Diario Oficial nº L 201 de 31/07/2002, págs. 0037 a 0047.

230 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas[231]. Todo ello fue rechazado de plano por el tribunal de apelación[232], sin necesidad de plantear cuestión prejudicial alguna al TJCE, para alegría de los titulares de derechos y del Gobierno británico.

La revisión de 2012 del *Initial Obligations Code* mantenía las principales características de la versión inicial de 2010 e incorporaba, además, varias novedades y cambios relevantes[233]. Entre ellos y por lo que se refiere a los ISPs y a los titulares de derechos, los procedimientos a emplear por los segundos para reunir prueba de las infracciones cometidas por los usuarios deberán ser antes aprobados por OFCOM[234], y los ISPs deberán informar siempre a sus usuarios del número de denuncias por infracción relacionadas con sus cuentas de acceso[235]. Los plazos de acceso y remisión de la CIL variaron, pudiendo ahora los titulares de derechos solicitar una versión consolidada de dicha lista una vez al mes, en vez de cada tres meses, y disponiendo el ISP correspondiente de diez días, el doble de tiempo inicialmente previsto, para facilitársela[236]. En relación a los usuarios y al procedimiento, la revisión de 2012 establece que, si bien inicialmente los dos primeros avisos de infracción podían ser enviados por correo ordinario o electrónico y el tercero requería siempre entrega certificada, ahora todos serán enviadas por correo ordinario, nunca por correo electrónico o certificado[237]; y que, en todo caso, los

---

personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995, págs. 0031 a 0050.

231 Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial n° L 108 de 24/04/2002, págs. 0021 a 0032.

232 *R* (British Telecommunications Plc) v *BPI* (British Recorded Music Industry) *Ltd and others* [2012] EWCA Civ 232.

233 Relación completa en OFCOM. *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Notice of Ofcom's proposal to make by order a code for regulating the initial obligations*, *op. cit.* párrafo 1.9.

234 *Ibidem*, párrafo 1.9, cuarto punto, y párrafo 3.29.

235 *Ibidem*, párrafo 1.9, décimo punto.

236 *Ibidem*, párrafo 1.9, decimocuarto punto.

237 *Ibidem*, párrafo 1.9, decimo punto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

usuarios tendrán de 20 días de plazo para recurrir cualquier aviso de infracción[238].

Antes de su entrada en vigor y como requisito previo para ello, el borrador de *Initial Obligations Code* que surgiese de la revisión de 2012 debía ser remitido a la Comisión Europea, conforme a lo establecido en las Directivas 98/34/CE y 98/48/CE[239], para valorar que la Comisión y el resto de Estados Miembros pudiesen valorar si las medidas previstas en el *Initial Obligations Code* para los ISPs implicaban algún tipo de intervención restrictiva que pudiese constituir algún tipo de barrera al comercio; y, toda vez superado el trámite comunitario, ser presentado para su tramitación y aprobación en el parlamento británico. Si bien OFCOM preveía[240] que el *Initial Obligations Code* habría entrado en vigor para enero de 2013 y que las primeras advertencias comenzarían a ser remitidas en torno a principios de 2014, lo cierto es que los plazos nunca se llegaron a cumplir y, tras retrasarse por última vez su puesta en marcha a 2015[241], poco o nada más se ha sabido ya del proyecto británico de sistema de respuesta gradual.

Lo cierto es que el Gobierno británico parece sentirse más cómodo promoviendo y financiando acuerdos privados entre ISPs y titulares de derechos, que impulsando la reforma normativa trazada en la DEA y el mecanismo gradual de respuesta contra la piratería en ella contenida. Así, en 2014 el ejecutivo anunció[242] la puesta en marcha de

---

238 *Ibidem*, párrafo 1.9, decimoquinto punto.

239 Respectivamente, Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Diario Oficial nº L 204 de 21/07/1998 p. 0037 – 0048; y Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Diario Oficial nº L 217 de 05/08/1998 p. 0018 – 0026.

240 OFCOM. *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Notice of Ofcom's proposal to make by order a code for regulating the initial obligations*, *op. cit*. párrafos 10.3 y 10.9.

241 BBC, «UK piracy warning letters delayed until 2015», Technology, 6 June 2013. *<https://www.bbc.co.uk/news/technology-22796723>*

242 GOV.UK, «New education programme launched to combat online piracy», 19 July 2014. Disponible *online* en: *<https://www.gov.uk/government/news/new-education-programme-launched-to-combat-online-piracy>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un proyecto educativo dirigido a promover el consumo *online* lícito de contenido protegidos denominado *Creative Content UK*, en el que participaban cuatro de los proveedores de servicios de acceso a Internet más importantes del Reino Unido y relevantes asociaciones de la industria cinematográfica y discográfica como la *Motion Picture Association* norteamericana y la *British Record Music Industry*.

Una de las diversas iniciativas englobadas en *Creative Content UK* ha sido la campaña de sensibilización *Get it Right from a Genuine Site*, lanzada en 2015 con el objetivo de instruir a los jóvenes consumidores, a sus padres y a aquellos que pueden tener algún tipo de influencia en sus hábitos culturales o sean responsables de las cuentas de acceso a Internet en los hogares, sobre la variedad de contenidos lícitos disponibles en el mercado y el valor del contenido creativo que el derecho de autor protege[243].

Como parte de la campaña se contempla la posibilidad de que los ISPs remitan a instancias de los titulares de derechos, correos educativos informando sobre la potencial comisión de actos infractores a todos aquellos usuarios cuyas conexiones de acceso hubieran sido utilizadas para la descarga de obras y prestaciones protegidas. Las primeras cartas comenzaron a ser enviadas a principios de 2017 y, a la par de su contenido educacional, contenían un ofrecimiento a los potenciales infractores de la posibilidad de evitar el inicio de acciones legales mediante el abono de una licencia retroactiva por importe de ochocientas libras que daría cobertura a la infracción detectada[244]. Según la *Intellectual Property Office*, ya ese mismo año la campaña había llegado a un 21% de la población británica y estaba generando un descenso de la infracción entre aquellos expuestos a ella[245].

---

243 *<https://www.getitrightfromagenuinesite.org/>* y *<https://get-it-right.org>*

244 Véase J. WAKEFIELD, «*Net providers to begin sending 'pirate' emails*», BBC, Technology, 11 January 2017. *<https://www.bbc.co.uk/news/technology-38583357>*; y M. JACKSON, «*UK ISPs to Send First Internet Piracy Warning Letters this Month*», ISPREVIEW, January 10th, 2017. *<https://www.ispreview.co.uk/index.php/2017/01/big-uk-isps-send-first-internet-piracy-warning-letters-month.html>*

245 INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Get It Right from a Genuine Site copyright campaign update*. News story. 19 January 2017. *<https://www.gov.uk/government/news/get-it-right-from-a-genuine-site-copyright-campaign-update>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En el año 2018 se cifró en un 7% el descenso del nivel de infracción entre aquellos consumidores en el rango de edad al que apuntaba la campaña *Get it Right from a Genuine Site*[246], siendo calificada por el gobierno británico de exitosa y ampliándose oficialmente su mantenimiento hasta el 2021[247]. La cifra extraoficial de notificaciones remitidas durante los dos primeros años de vigencia de la campaña se cifra en torno al millón de avisos[248].

c) República de Corea.

La primera incorporación de la fórmula de la respuesta gradual a una legislación nacional tuvo lugar en la República de Corea en abril de 2009 al aprobarse, en primer lugar, que el Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo podría decretar, de oficio o a instancia de los titulares de derechos afectados y durante un plazo máximo de seis meses, tanto el cierre de foros de discusión o la suspensión del acceso a Internet de aquellos usuarios que, habiendo sido advertidos en tres ocasiones, no hubiesen procedido a eliminar aquellos contenidos ilegales publicados por sus usuarios, en el caso de los foros, y, en el caso de los usuarios, ordenar la suspensión de las cuentas de acceso de aquellos que repetidamente hubiesen "subido" o compartido material protegido por derechos de autor[249]. La medida complementaba la obligación de filtrado y bloqueo de contenidos establecida sobre aquellos ISP que habilitasen la transmisión de obras entre ordenadores, como las aplicaciones y *software* P2P, a petición de los

---

246 INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Young consumers give boost to legal downloading and streaming*. Press release. 4 July 2018. <*https://www.gov.uk/government/news/young-consumers-give-boost-to-legal-downloading-and-streaming*>

247 DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT, DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, AND MARGOT JAMES MP, *£20 million to boost creative industries across England*. Press release. 7 December 2018. <*https://www.gov.uk/government/news/20-million-to-boost-creative-industries-across-england*>

248 TORRENT FREAK, *UK ISPs Sent a Million Piracy Alert Emails*. February 8, 2019. <*https://torrentfreak.com/uk-isps-sent-a-million-piracy-alert-emails-190208/*>

249 K. TONG-HYUNG, «Upload a Song, Lose Your Internet Connection». THE KOREA TIMES, Technology. 04-05-2009. Disponible *online* a través de la URL: <*www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2009/04/133_42594.html*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

titulares de los derechos de las mismas, y que había sido establecida por el artículo 104 de la *Copyright Act* de 2006[250].

Como explica GIBLIN[251], el régimen coreano es único y, en la actualidad, establece dos posibilidades o vías distintas que permiten la suspensión del acceso a Internet y a otros servicios de aquellos usuarios que, como el caso de los que intercambian ficheros conteniendo obras protegidas a través de redes P2P, lleguen a infringir derechos de tercero.

La primera se fundamenta en el artículo 133-2 de la *Copyright Act* de 1959[252] y permite que, cuando haya tenido lugar la "transmisión de copias infractoras de obras protegidas a través de redes de información y telecomunicaciones", el Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo pueda ordenar al ISP correspondiente que tome una serie de medidas, incluyendo la remisión de advertencias a los responsables de dichas transmisiones. Cuando el presunto infractor ha recibido tres o más avisos, el caso es revisado por una comisión administrativa especializada en derecho de autor la cual, tras valorar el número de copias transmitidas, el tipo de obras afectadas y el impacto de la infracción en la distribución legítima de las obras, entre otras cuestiones, emite un dictamen indicando si procede o no la suspensión de la "cuenta del usuario"[253], la cual decretaría el Ministerio. En caso de ser la primera sanción de este tipo dictada contra él, su duración máxima no superaría los treinta días, incrementándose de uno a tres meses en caso de tratarse de la segunda y yéndose ya de tres a seis meses, en caso de ser la tercera. Mientras dichos períodos de suspensión se encuentren vigentes, los usuarios no

---

250 A. N. DIXON, «Liability of users and third parties for copyright infringements on the Internet: overview of international developments», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edgard Elgar Publishing, 2009. Pág. 34.

251 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 163 y 164.

252 *Act. No. 432, Jan. 28, 1957*, modificada por la *Act. No. 9625, Apr. 22, 2009.* Traducción propia.

253 Por lo que parece la cuenta de usuario incluye tanto la cuenta de acceso a Internet (es decir, la abierta con un proveedor de acceso como podría ser Telefónica), como las cuentas abiertas en páginas web. Cfr. OPEN NET, *Copyright Reform; Abolishing Three-Strikes-Out Rule from Copyright Law. <https://opennet.or.kr/copyright-reform>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

podrán abrir nuevas cuentas de acceso con otros proveedores de acceso, a fin de poder volver a disfrutar de Internet.

La segunda posibilidad se materializa a través de las recomendaciones que la comisión administrativa indicada en la vía anterior está autorizada a hacer a los ISPs, incluyendo el pedirles que emitan advertencias a potenciales infractores, eliminen copias infractoras de sus servidores o suspendan las cuentas de aquellos usuarios implicados *de manera reiterada* en actos infractores de derechos de propiedad intelectual. Esta segunda vía no precisa, a diferencia de la primera, de la emisión de advertencias previas y la suspensión, en caso de producirse, deriva de la aceptación *voluntaria* por parte del ISP de la recomendación de la comisión y la procedencia de la medida solicitada.

Por lo que respecta a la eficacia de la medida, en general se afirma que la experiencia coreana ha sido positiva para los titulares de derechos y que ha contribuido a fortalecer a la industria y al mercado lícito de obras[254], si bien no es mucha la información disponible. Se estima que, entre julio de 2009, cuando se puso en marcha el proceso, y finales de 2012, casi medio millón de advertencias, recomendaciones y notificaciones de suspensión habían sido emitidas en total tanto por el Ministerio como por la comisión administrativa, no implicando en ningún caso la suspensión del acceso a Internet, sino la de acceso a cuentas relacionadas con determinadas páginas como, por ejemplo, repositorios digitales o páginas de alojamiento gratuito de archivos[255].

Sin embargo, en 2012 el Ministerio no emitió ninguna advertencia a ningún usuario ni decretó la suspensión de cuenta alguna y lo cierto es que, en 2013, las críticas al sistema aumentaron significativamente, promoviéndose tanto desde la Comisión Nacional de Derechos Humanos de la República de Corea como por parte de un

---

254 Véase R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 191, 198 y 199; e INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, *South Korean Music Market - A Case Study*. March 2011. Disponible *online* en: *<https://opennet.or.kr/wp-content/uploads/2013/04/IFPI-South-Korean-Music-Market-Case-Study-March-2011.pdf>*

255 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 164.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

grupo de parlamentarios de la Asamblea Nacional su derogación[256], lo cual explica tanto los pocos datos existentes desde entonces como el paso a un segundo plano de estas medidas.

d) República de China.

También en 2009 y con motivo de la reforma de su ley de propiedad intelectual, la República de China seguiría los pasos de la República de Corea al introducir como requisito previo para el posible disfrute de los supuestos legales de exención de responsabilidad por parte de los ISPs, la obligatoriedad de que éstos, entre otras medidas de protección de los derechos de autor, suspendiesen total o parcialmente la prestación de servicios a aquellos usuarios que acumulasen tres denuncias de infracción.

En concreto, la normativa establecía que solo tendrían derecho a beneficiarse de los supuestos de exoneración de responsabilidad legalmente establecidos, aquellos ISPs que informasen debidamente a sus usuarios de la existencia de aquellas políticas en materia de propiedad intelectual que les fuesen de aplicación y que pusiesen en marcha acciones concretas para implementarlas; así como del riesgo de rescisión total o parcial del servicio al que se arriesgaban aquellos usuarios que llevasen a cabo tres actos supuestamente infractores; que informasen públicamente del modo y manera en que los titulares de derechos podían hacerles llegar notificaciones de supuestas infracciones; y, por último, que dieran traslado de dichas notificaciones al usuario relevante e implementasen medidas técnicas para la protección de obras sujetas a derechos, caso de haber sido previamente ratificadas por la autoridad competente[257].

Este régimen de responsabilidad diseñado por la normativa de 2009 se complementa con un mecanismo de denuncia y retirada de contenidos infractores de derechos de autor y afines, que sigue fielmente el modelo implementado en la DMCA[258]. Conforme a ella,

---

256 *Ibidem*.

257 Artículo 90quinquies, de las modificaciones a la *Copyright Act* promulgadas el 13 de mayo de 2009 por Orden Presidencial No. Hua-Zong-(1)-Yi-Zih 09800116331. Traducción oficial al inglés de la *Copyright Act* disponible en: *<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=607831&ctNode=6825&mp=2>*

258 *Ibidem*, así como artículos 90septies, 90octies y 90novies.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

la reclamación inicial debe ser presentada por el titular de derechos o su representante, identificando suficientemente la obra afectada y su localización, declarando formalmente la infracción y solicitando al ISP su retirada o bloquear el acceso a la misma, asumiendo el denunciante la responsabilidad y consecuencias que en Derecho pudieran derivarse en caso de resultar incorrecta o fraudulenta dicha reclamación. Si el usuario considera que el contenido no es infractor, la norma le concede la oportunidad de defender su posición, debiendo el ISP remitir diligentemente dicha respuesta al titular de derechos la cual, en todo caso, incluirá el nombre y señas completas del usuario en cuestión; la localización y nombre de la obra objeto de la reclamación; una declaración formal solicitando al ISP la reposición de la misma o la desactivación del bloqueo que impide su acceso; así como una explicación argumentada del Derecho que le asiste para explotar el contenido reportado y las razones por las que la denuncia tramitada por el titular debe ser considerada incorrecta o fraudulenta, una autorización para el tratamiento de sus datos personales a efectos de informar a la contraparte de estas alegaciones y, por último, una declaración formal asumiendo toda la responsabilidad frente al titular u otro tercero afectado, caso de resultar esta contranotificación fraudulenta o incorrecta.

Tras recibir contestación del usuario objetando la reclamación inicial y remitírsela diligentemente al titular de derechos, el ISP tiene que observar una serie de plazos, no estando inicialmente obligado a proceder de manera inmediata conforme a lo solicitado por el usuario[259]. Así y a partir de la fecha de remisión de la respuesta, el titular dispone de un plazo de 10 días laborables para acreditar ante el ISP el inicio del correspondiente procedimiento judicial para la resolución de la disputa. De no tener esto último lugar y dentro de los siguientes 5 días laborables, el ISP estará obligado a restaurar el contenido eliminado o deshabilitar el bloqueo que impide el libre acceso al mismo. Si no fuese posible proceder a ello en plazo, el ISP

[259] Seguimos en todo este párrafo a L-S. CHEN, «Internet Service Provider Copyright Infringement in Taiwan», en G. B. DINWOODIE (ed.), *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017. Pág. 352.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

deberá informar al usuario por adelantado de esta imposibilidad y ofrecerle alguna manera alternativa de que el mismo pueda directamente proceder a ello.

Por lo demás, la normativa taiwanesa es de aplicación a todos aquellos proveedores de servicios que, en materia de derechos de autor y afines, facilitan la conexión de sus usuarios a Internet; a aquellos cuyos servicios consistan en almacenar de manera automática, provisional y temporal la información que sus usuarios transmitan a través de una red de comunicaciones, siempre y cuando estos actos se realicen con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de esta información a otros destinatarios del servicio; a los que ofrecen servicios de alojamiento; y, por último, a todos aquellos que proporcionan servicios de búsqueda de información[260].

Finalmente, no hay mucha información sobre cómo opera el sistema en la práctica, más allá de las disposiciones reglamentarias contenidas en las *Regulations Governing Implementation of ISP Civil Liability Exemption* de 2013[261], ni estudios pormenorizados sobre el resultado e impacto que la medida ha podido tener[262]. Sin embargo, cabe concluir nuestro estudio indicando que, como apunta GIBLIN[263], el legislador taiwanés parece haber sido hábil al vincular la concesión de inmunidad a los ISPs a su acatamiento y colaboración en el sistema de respuesta gradual implementado en 2009 y, a día de hoy, si un ISP no cumple los requisitos y condiciones que permiten que goce de inmunidad por las infracciones de derechos de autor y afines cometidos por sus usuarios, probablemente será considerado responsable de los daños y perjuicios sufridos por el titular de los mismos. Lo cual supone, tal y como acertadamente señala CHEN[264], una inversión efectiva del régimen de responsabilidad diseñado para

---

260 L-S. CHEN, «Internet Service Provider Copyright Infringement in Taiwan», *op.cit.*, págs. 348 y 349.

261 Que explican aspectos meramente procedimentales, pero no el proceso en sí mismo. Traducción oficial del reglamento al idioma inglés disponible en la URL: *<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=364336&ctNode=6825&mp=2>*

262 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 191 y 192.

263 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, págs. 165 y 166.

264 L-S. CHEN, «Internet Service Provider Copyright Infringement in Taiwan», *op.cit.*, págs. 352 y 353.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

limitar la misma, pasando el incumplimiento de alguno de dichos requisitos y condiciones por parte de algún ISP a operar como verdadera causa objetiva de imputación de responsabilidad.

e) Nueva Zelanda.

En 2008 Nueva Zelanda aprobó una primera ley dirigida a regular los derechos de propiedad intelectual en el mundo *online*, la *Copyright (New Technologies) Amendment Act*[265]. En una de las secciones de la misma, en concreto la 92A, bajo el epígrafe "Internet Service Provider Liability" y con el incipiente problema del intercambio de archivos a través de redes P2P claramente en mente del legislador, la norma establecía que todos los ISPs, los cuales se definían de manera ciertamente amplia[266], estaban obligados a contar con una política interna que permitiese la suspensión de las cuentas de aquellos usuarios que sistemática o repetidamente infringiesen derechos de autor titularidad de terceros. La fuerte presión popular y numerosas protestas públicas hicieron que la entrada en vigor de la medida fuese eventualmente suspendida y, posteriormente, eliminada de la ley a fin de darle una nueva redacción e incorporada más adelante en un futuro nuevo cuerpo normativo.

En abril de 2011 se aprobaba la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act*[267] que, a fin de salvar los escollos que habían obligado a retirar la sección 92A de la *Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008*, establecía un sistema de

---

265 *<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0027/22.0/DLM1122502.html>.*

266 Según la sección 4(2) de la *Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008*, "*Internet service provider means a person who does either or both of the following things: (a) offers the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing; (b) hosts material on websites or other electronic retrieval systems that can be accessed by a user.*" La segunda parte de la definición extiende la aplicación del concepto más allá de los tradicionales ISPs que proporcionan los servicios técnicos propios e imprescindibles para el funcionamiento de Internet, pudiéndose englobar en ella todo tipo de plataformas, boletines de noticias, blogs, páginas web de empresas, organismos públicos y particulares. Cfr. G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», en G. B. DINWOODIE (ed.), *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017. Pág. 215.

267 *<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2011/0011/latest/DLM2764312.html>.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

respuesta gradual muy parecido a los reseñados en otras secciones de este apartado para combatir el problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas. Sin embargo y a diferencia de otras jurisdicciones, Nueva Zelanda no cuenta con una definición unívoca de ISP[268] por lo que el legislador optó por restringir la aplicación del mismo a todo aquel que pudiera ser considerado un *Internet protocol address provider* o IPAP, es decir, aquel proveedor habitual de servicios de acceso y transmisión de información que asigna una dirección IP a las cuentas de sus usuarios regulares, no a aquellos que, de manera temporal, pudieran disfrutar provisionalmente de los mismos[269]. Sólo a estos proveedores responsables de la asignación de direcciones IP es de aplicación el sistema de respuesta gradual implementado por la normativa de 2011[270]. Y únicamente en relación a los actos de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas por el derecho de autor detectados dentro de un período de tiempo limitado, conceptuándose dichos actos de manera bastante amplia, independientemente de la concreta tecnología empleada, siempre y cuando permita compartir de manera simultánea un determinado contenido entre múltiples usuarios[271]. Ello incluye, sin duda, los programas o aplicaciones P2P de intercambio de archivos, pero no se

---

268 Véase G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 214.

269 "*a person that operates a business that, other than as an incidental feature of its main business activities,— (a) offers the transmission, routing, and providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing; and (b) allocates IP addresses to its account holders; and (c) charges its account holders for its services; and (d) is not primarily operated to cater for transient users.*" *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, section 122A(1).

270 Lo cual responde al deseo del legislador de excluir en todo momento a otras entidades como universidades, bibliotecas y negocios que proporcionan acceso a Internet a sus miembros, clientes o empleados y que desempeñan el rol normal de los ISP tradicionales. Cfr. R. GIBLIN, «On the (new) New Zealand graduated response law (and why it's unlikely to achieve its aims)», TELECOMMUNICATIONS JOURNAL OF AUSTRALIA, volumen 62, número 4 (2012), pág. 54.2.

271 "*file sharing is where— (a) material is uploaded via, or downloaded from, the Internet using an application or network that enables the simultaneous sharing of material between multiple users; and (b) uploading and downloading may, but need not, occur at the same time.*" *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, section 122A(1).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

limita solo a ellos[272], sino que también abarca programas o servicios de correo electrónico[273] como, por ejemplo, el conocido Microsoft Outlook.

La *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011* entraría en vigor en septiembre de ese mismo año y obligaba a los IPAPs a remitir hasta tres avisos a los abonados desde cuyas direcciones IP los titulares de derechos de propiedad intelectual hubieran tenido conocimiento de que se hubiesen venido realizando actividades no autorizadas de intercambio de archivos[274]. El primer aviso es de carácter informativo, explicando al usuario la detección de un potencial acto infractor realizado desde la dirección IP asociada a su cuenta. Cuando el IPAP recibe la denuncia del titular de derechos o su agente informando de la comisión de una posible infracción desde una determinada dirección IP, debe asociar dicha dirección a una cuenta de usuario y expedir el correspondiente aviso en un plazo máximo de 7 días, obligación que expira si el hipotético hecho ilícito que da lugar a la denuncia tiene más de 21 días de antigüedad[275]. El segundo aviso incluiría una advertencia de las posibles consecuencias que se derivarían en caso de reiteración; y el tercero sería de naturaleza ejecutiva, pudiendo iniciarse a partir del mismo el proceso judicial de imposición de las medidas sancionadoras y compensatorias previstas en la ley. Si este último aviso supone el tercero denunciado por el mismo titular de derechos en relación a la misma cuenta de usuario y tiene lugar dentro de un plazo máximo de nueve meses desde la primera comunicación, el IPAP deberá informar al titular de derechos, pero sin revelar la identidad del usuario supuestamente infractor[276].

---

272 Por ello y estrictamente desde un punto de vista formal, no comparto la afirmación de GIBLIN de que el sistema "*is limited in scope to infringement carried out via peer-to-peer file sharing technologies*". Cfr. R. GIBLIN, «On the (new) New Zealand graduated response law (and why it's unlikely to achieve its aims)», *op. cit.*, pág. 54.6.

273 G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 221.

274 Véanse secciones 122B, 122C, 122D, 122E, 122F, 122G y 122H de la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*.

275 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, section 122C.

276 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, section 122F. Para ello, lógicamente, la ley establece la obligación de que el IPAP conserve diversos registros, tanto

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Es importante mencionar ahora cuatro rasgos singulares del sistema neozelandés.

El primero es que, a diferencia del modelo francés, los titulares de derechos no están obligados a presentar prueba de las infracciones que ante el respectivo IPAP son denunciadas[277]. Es suficiente con identificar la dirección IP concreta desde la que ha tenido lugar la infracción de derechos que, como resultado de un acto de intercambio ilícito de archivos, se alega; así como la fecha y hora en que esto ha tenido lugar; el nombre y la clase de obra afectada; y el tipo de software o red de comunicaciones empleada para el intercambio de archivos[278].

La segunda peculiaridad es que el sistema neozelandés sanciona al titular de la cuenta de acceso de las infracciones que puedan cometerse desde la misma, independientemente de quien haya sido la persona que, pudiendo conectarse a través de su cuenta, sea la realmente responsable. A diferencia de propuestas anteriores en el tiempo y parte de su misma tradición jurídica como la de, por ejemplo, el Reino Unido[279], la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011* no contempla como vía de defensa del titular de la cuenta la posibilidad de identificar al verdadero infractor y que se le traslade directamente a éste la responsabilidad derivada de sus actos. De acuerdo con AUSTIN, con ello el sistema neozelandés incentiva a los titulares de cuentas a que ejerzan un mayor control y supervisión de los actos que desde ellas tienen lugar y ahorra a los tribunales el tener que lidiar con toda la problemática derivada de un tercero infractor, su correcta identificación y prueba de su efectiva realización de los hechos denunciados[280].

---

relativos a las direcciones IP asignadas a las cuentas de sus usuarios como sobre las denuncias de infracción remitidas por los titulares de derechos, sobre las que han sido tramitadas, canceladas, disputadas o han expirado. G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 223.

277 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 161.

278 Véase *Copyright (Infringing File Sharing) Regulations 2011*, regulation 4(2), *<hwww.legislation.govt.nz/regulation/public/2011/0252/latest/DLM3886623.html>*

279 Provision 13 DEA, insertando una nueva sección 124K(6) en el texto de la CA.

280 G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 226.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La tercera característica importante es que la nueva legislación establece una serie de "períodos de cuarentena" de 35 días en cada una de las fases del proceso, a fin de que, tras la recepción del correspondiente aviso, los supuestos infractores tengan la oportunidad y un plazo amplio para cesar en la realización de los actos de intercambio de archivos que han dado origen al inicio del procedimiento y evitar las consecuencias que legalmente se podrían derivar del mismo[281].

Por último y como cuarto rasgo relevante, hay que destacar que los usuarios tienen un período de 14 días para responder a cualquiera de los avisos recibidos, a contar desde la fecha que conste en aquel que se proteste, estando el IPAP obligado a dar traslado diligente de la respuesta al titular de derechos. Este puede, a su vez, aceptar o rechazar los argumentos del usuario, entendiéndose en todo caso, que han sido admitidos sino se comunica fehacientemente al IPAP que se deniegan, debiendo tal rechazo ir acompañado de las razones motivadas que sustentan tal postura, dentro de los 28 días siguientes a la fecha que se indique en el aviso que el usuario dispute[282]. Si la protesta del usuario es contraargumentada y rechazada por el titular de derechos, en ese momento esta vía de recurso se agota para el usuario, si bien puede seguir presentando y defendiendo la misma objeción en cualquier momento posterior del procedimiento[283].

Cuando, toda vez realizadas las necesarias comprobaciones, el IPAP informa al titular de derechos de que un tercer aviso ha sido enviado a un determinado usuario de sus servicios, la norma prevé dos escenarios o vías de actuación a su alcance, de los cuales tan solo uno de ellos está actualmente operativo[284]: acudir al *Copyright Tribunal* para solicitar la correspondiente indemnización por los daños sufridos, que como máximo puede llegar hasta los 15.000 dólares

---

281 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, secciones 122A(1), 122D, 122E y 122F.

282 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, secciones 122G y 122H.

283 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, sección 122G(5).

284 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, secciones 122B(4) y 122I.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

neozelandeses[285]; o acudir a un juzgado de primera instancia para que se ordene al IPAP que, por un período máximo de seis meses, proceda a la suspensión de acceso a Internet de la cuenta de usuario desde la que tuvo lugar la infracción[286].

Al igual que ocurría en el modelo francés, el legislador somete a discreción judicial la imposición de medidas de desconexión. Sin embargo, los trámites necesarios para poner en marcha la segunda opción no han sido aún formalmente iniciados por el ejecutivo neozelandés[287] y, siguiendo la recomendación emitida en su día por el comité parlamentario encargado de revisar en su día el sistema neozelandés de respuesta gradual, parece que esto solo tendrá lugar si la primera vía se demuestra claramente insuficiente para poner freno a los perjuicios que causa el intercambio ilícito de archivos conteniendo obras protegidas[288]. La decisión es ciertamente comprensible desde la lógica política, teniendo en cuenta la reacción pública que generó el intento de establecer medidas de desconexión en la *Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008*, pero también pone de manifiesto que la aprobación de las mismas requiere cierto nivel de comprensión y apoyo social, en el sentido de que si no se explica y justifica que son razonablemente necesarias para alcanzar el fin al que aspiran —permitir la protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual de los creadores—, el rechazo parece estar garantizado[289].

Centrándonos en la vía del *Copyright Tribunal*, una vez iniciado el procedimiento tras el envío del tercer aviso, este órgano resolverá en contra del usuario si las tres notificaciones han sido correctamente emitidas; si efectivamente ha habido una violación de los derechos de

---

285 Órgano jurisdiccional de competencia nacional. La corte suprema neozelandesa es el tribunal competente para conocer de las apelaciones o recursos que se deriven de sus decisiones. Más información sobre sus funciones, competencias y composición en: <*http://www.justice.govt.nz/tribunals/copyright-tribunal*>. Véase *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, sections 122J, 122K, 122L, 122M, 122N y 122O.

286 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, sections 122P, 122Q y 122R.

287 G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 222.

288 Véase N. SUZOR AND B. FITZGERALD, «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law», *op. cit.*, pág. 15, nota 87.

289 Sobre la cuestión, en general, N. SUZOR AND B. FITZGERALD, «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law», *op. cit.*, págs. 11 a 15.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

autor del titular denunciante; y, por último, si la infracción ha tenido lugar en o desde la dirección IP asociada a la cuenta del usuario denunciado ante el IPAP. En caso de que el tribunal decida que procede celebrar una audiencia previa, todas las partes tendrán derecho a ser oídas, siendo posible que acudan en compañía de representación letrada. En caso de que se consideren acreditados los tres requisitos anteriormente indicados, el tribunal pasará a determinar la cantidad que corresponderá al derechohabiente en concepto de daños y perjuicios, lo cual no se limita a los tres incidentes que han dado lugar a los tres avisos emitidos, sino que incluye todas las posibles infracciones que hayan tenido lugar durante el período de tiempo comprendido desde la primera advertencia a la última[290].

Según la regulación que acompaña a la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, esta indemnización es el resultado de sumar al valor total de cada una de las obras afectadas el importe de las tasas pagadas por el titular de derechos al IPAP[291] o al *Copyright Tribunal* y una cantidad, a fijar por el tribunal, de carácter punitivo y dirigida a conminar al usuario a que no repita actos similares en el futuro[292]. Para ello el tribunal deberá tener en cuenta: (a) el coste razonable de adquirir legítimamente la obra en formato digital en el momento en que la infracción tuvo lugar; (b) si esto no fuese posible por no estar al alcance del público la obra en formato digital en ese preciso momento, el coste razonable de adquirirla de manera lícita en cualquier otro formato; y (c) el importe indemnizatorio reclamado por el titular de derechos; o cualquier otra cantidad razonable que tenga a bien considerar el tribunal[293].

---

290 *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, secciones 122E(2)(e) y 122F(2)(e).

291 Que este puede solicitar al titular de derechos para hacer frente a los gastos derivados de la puesta en marcha del sistema y que actualmente se encuentra establecido en 25 dólares neozelandeses por aviso. *Vid. Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, sección 122U y la *Copyright (Infringing File Sharing) Regulations 2011*, regulation 7.

292 *Copyright (Infringing File Sharing) Regulations 2011*, regulation 12(2). Este elemento punitivo fue incluido por recomendación del comité parlamentario que reviso la implementación del sistema gradual que estamos describiendo en Nueva Zelanda. Véase N. SUZOR AND B. FITZGERALD, «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law», *op. cit.*, pág. 23, nota 136.

293 *Copyright (Infringing File Sharing) Regulations 2011*, regulation 12(2).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Finalmente, la sección 122O(5) de *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011* incluye una cláusula que faculta al tribunal a no imponer sanción económica alguna al titular de la cuenta si, en su opinión y atendiendo a los hechos del caso concreto que se trate, esto fuese manifiestamente injusto para dicho usuario.

La actividad del *Copyright Tribunal* no ha sido frenética pese a que, por ejemplo, la *Recording Industry Association of New Zealand* (RIANZ) afirmó haber enviado casi 3.000 avisos en los primeros siete meses de funcionamiento del sistema[294]. Desde el año 2011 al momento de redactar el presente apartado, apenas una veintena de casos de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas —todos mediante el uso de la tecnología BitTorrent—, han llegado al *Copyright Tribunal*. La mayoría durante el año 2013, tres en 2014 y tan solo uno en 2015. No hay constancia de que se haya tramitado procedimiento alguno durante los años 2016, 2017 y 2018[295], ni tampoco de que se haya presentado recurso de apelación ante el tribunal supremo neozelandés por alguna de las resoluciones dictadas en el ámbito del sistema de respuesta gradual que estamos describiendo[296]. Hasta la fecha, en ninguna de las resoluciones dictadas por el *Copyright Tribunal* se ha tenido que recurrir a la cláusula de la sección 122O(5) mencionada en el párrafo anterior. Por lo que se refiere a las cantidades que, en concepto de daños y perjuicios, han sido impuestas a los titulares de las cuentas que han sido hallados culpables, lo cierto es que las mismas se encuentran significativamente muy por debajo del límite máximo legal de 15.000 dólares neozelandeses y la mayoría están por debajo de los 1.000 dólares[297].

El balance que sobre el funcionamiento del sistema de respuesta gradual hacen las diversas asociaciones que representan a las industrias más afectadas por el problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas parece ser positivo. La Federación

---

294 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 162.

295 Listado completo en: <*www.justice.govt.nz/tribunals/copyright/decisions/copyright-decisions/?Filter_Jurisdiction=25*>

296 G. E. AUSTIN, «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pág. 221.

297 *Ibidem*, págs. 225 y 226.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Internacional de la Industria Fonográfica afirma que el descenso en el uso de redes P2P en Nueva Zelanda tras la entrada en vigor de la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011* ha sido de un 16%; RIANZ cifra la reducción en un 18% durante sus primeros siete meses de vida legislativa; y *The New Zealand Federation Against Copyright Theft* hizo publico que el número de estrenos cinematográficos intercambiado entre usuarios neozelandeses se redujo inicialmente a la mitad[298]. Estudios independientes sugieren que con la puesta en marcha del sistema de respuesta gradual el número de individuos intercambiando archivos a través de redes P2P descendió un 50% —al tiempo que aumentaba el uso de tecnologías destinadas a dificultar la monitorización y seguimiento de los usuarios participantes en redes P2P—, pudiendo haber diversas razones que, además del comienzo de la eficacia de la *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, explicarían esta caída, como el aumento significativo del número de proveedores de contenidos lícitos en Nueva Zelanda tras la aprobación de la ley y el desplazamiento de los usuarios de programas y redes P2P hacía otras opciones menos arriesgadas, más complejas de vigilar y con mejores garantías de anonimato[299].

3.3.2.3. Ventajas e inconvenientes de los sistemas de respuesta gradual.

Los sistemas de respuesta gradual, ya sean implementados mediante acuerdos privados entre titulares de derechos y proveedores de servicios o mediante la promulgación de regulaciones específicas en el plano nacional, tienen una serie de pros y contras[300] que analizaremos a continuación.

3.3.2.3.1. Aspectos positivos.

Comenzando por las ventajas y en relación a los titulares de derechos de autor y afines, de cara a la protección de los mismos

---

298 R. GIBLIN, «Evaluating Graduated Response», *op. cit.*, pág. 189.

299 *Ibidem*, págs. 189 y 190, así como págs. 199 y 200.

300 Véase P. K. YU, «The Graduated Response», *op. cit.*, págs. 1.380 a 1.403, a quien seguimos principalmente, si bien de manera libre, a lo largo de nuestra descripción en todo el presente apartado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ante la infracción, podemos destacar el importante efecto disuasorio y de prevención general que tienen los sistemas de respuesta gradual —piénsese en la relevancia que tiene actualmente Internet en nuestra sociedad, muy particularmente entre la gente joven, y en los efectos que para nuestra vida cotidiana podrían derivarse como consecuencia de la imposición de una medida de desconexión—; su marcado carácter retributivo —en el sentido de restablecer la vigencia e incentivar el respeto del derecho quebrantado en Internet mediante la "expulsión" del infractor de dicho ámbito—; y su indiscutible eficacia, en términos de coste-beneficio, para combatir la infracción global de derechos por un número masivo de individuos —como alternativa al auxilio tradicional que los órganos judiciales pueden prestar—.

En cuanto a los usuarios, los rasgos más positivos de los sistemas tipo *three strikes* son, en primer lugar, que el envío de avisos y la posible imposición de "sanciones" tiene lugar durante un período de tiempo determinado más o menos amplio, normalmente de varias semanas o meses, y de manera escalonada —pudiendo comenzarse, por ejemplo, con castigos como una reducción de la velocidad de acceso, para pasar luego a medidas más severas como el acceso vigilado o monitorizado, posteriormente a restricciones de acceso a determinados sitios o de uso de determinados protocolos, hasta llegar, en última instancia, al bloqueo temporal del acceso y a la suspensión definitiva del servicio—, lo cual facilita que el infractor tenga tiempo para tomar conciencia de sus actos, prever las consecuencias y ser capaz de reconducir su conducta; y, en segundo lugar, que el objetivo principal del sistema no es "castigar" al usuario, sino conseguir que este cese en la actividad infractora, por lo que siempre será posible esquivar la imposición de medidas restrictivas del servicio con la mera renuncia a continuar con el proceder denunciado.

Por lo que se refiere a los operadores de redes y proveedores de servicios de acceso a Internet, el cooperar con los titulares de derechos de propiedad intelectual a través de la implementación de sistemas de respuesta gradual supone, por una parte, minimizar de manera muy importante el riesgo de litigiosidad con la industria creativa y, por otra, principalmente en Estados Unidos aunque también en algún otro

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

país, esta colaboración les ha permitido explorar un nuevo modelo de negocio en el cual el acceso a Internet se ofrece de manera segmentada mediante planes que llevan asociadas diferentes velocidades de conexión y permiten el mayor o menor acceso a determinados contenidos a través de plataformas específicas.

3.3.2.3.2. Aspectos negativos.

Si nos fijamos ahora en las desventajas que lastran los sistemas de respuesta gradual, las más significativas las encontramos en el lado de los usuarios y en el de los proveedores de servicios de acceso a Internet[301].

Desde la perspectiva de los ISPs, la implementación de un modelo gradual requiere, en primer lugar, de una asignación de recursos humanos, financieros y técnicos la cual, como es lógico, tendrá un impacto en la cuenta de resultados y variará significativamente en función del tamaño de la red de la que se trate y del número de usuarios que tenga, siendo más sencillo y económico, por ejemplo, hacerlo en la red de un campus universitario que en la de Telefónica España.

A continuación, cada ISP tendrá que decidir el nivel de colaboración que desea adoptar en su relación con los titulares de derechos lo cual, como indica YU[302], es susceptible de afectar nuevamente a su cuenta de pérdidas y ganancias, pero también, tanto a la valoración que tienen los usuarios de los servicios que ofrecen en el mercado como al régimen limitado de responsabilidad del que generalmente disfrutan por el rol de intermediarios que desempeñan. Si, por ejemplo, se opta por ser riguroso en la investigación de las denuncias de infracción de los derechohabientes y comprobar exhaustivamente los hechos y circunstancias que las rodean, los gastos asociados al sistema crecerán de manera muy significativa y, derivado de ello, el ISP adquirirá un conocimiento más profundo tanto de las actividades que los usuarios desarrollan a través de sus servicios como

301 Véase P. K. YU, «The Graduated Response», *op. cit.*, págs. 1.390 a 1.403.

302 *Ibidem*, pág. 1.392.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de las obras y derechos afectadas por las mismas[303]. Conocimiento a cuya adquisición no serán ajenos los titulares de derechos y de la cual los ISPs no se podrán abstraer fácilmente, por ejemplo, a la hora de tomar o justificar decisiones futuras que puedan tener algún tipo de efecto sobre ellos. Si, por el contrario, se opta dar preponderancia a las denuncias de los titulares, presumiendo su validez y renunciando a comprobar o investigar la exactitud de los hechos alegados, el grado de satisfacción de los usuarios se verá reducido drásticamente en la misma medida, dando lugar a "fugas" hacia otros proveedores más protectores y reduciéndose el índice de beneficios del ISP afectado.

En tercer lugar, el ISP deberá informar de manera transparente a sus usuarios sobre el nivel de colaboración con el que ha decidido implementar un sistema tipo *three strikes*, recogiendo en los términos y condiciones que regulan el uso de los servicios que ofrece tanto el procedimiento del sistema, como sus consecuencias y potencial impacto para sus clientes. En determinadas jurisdicciones esto constituye ya una obligación legal, como por ejemplo en Francia, donde la ley de propiedad intelectual establece que el contrato de suscripción de servicios deberá incluir ciertas disposiciones relativas al procedimiento del sistema de respuesta gradual actualmente en vigor, así como las sanciones civiles y penales a las que se exponen quienes infrinjan los derechos de propiedad intelectual ajenos[304].

Desde el punto de vista de los usuarios, sin embargo, es donde los sistemas de respuesta gradual acumulan un mayor número de aspectos cualitativamente negativos que jurídicamente resultan imposibles de ignorar. Todos ellos, en mayor o menor grado, los hemos ido ya apuntando o describiendo en epígrafes anteriores, al relatar cómo los sistemas de respuesta gradual han venido siendo diseñados, puestos en

---

303 Lo cual no es una cuestión baladí para aquellos proveedores de acceso que almacenen información de sus usuarios o que ofrezcan a estos algún tipo de servicio de alojamiento, pues las exenciones de responsabilidad de las que se pueden beneficiar en su condición de intermediarios pueden requerir, entre otros, que no tengan conocimiento de la información transmitida o almacenada, pudiendo adquirirse este en virtud de notificación externa o a través de investigaciones propias sobre actividades o hechos presentes o pasados.

304 Véase, a modo de ejemplo, el artículo L 331-27 del *Code de la Propriété Intellectuelle*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

marcha o rechazados por distintos sujetos territoriales, tanto en el ámbito público como en el privado.

En primer lugar, tenemos que la puesta en marcha de un sistema tipo *three strikes* pone inicialmente a todos los usuarios de servicios de acceso a Internet bajo una, digámoslo así, incómoda presunción de culpabilidad o estatus de infractores potenciales la cual, además, juega muy en contra de aquellos cuyas direcciones IP han sido identificadas como participantes en actos infractores, durante buena parte del proceso de remisión de avisos. Ello deriva de la propia escala y el elevado rango de infractores que pueden participar en actos ilícitos de intercambios de archivos a través de redes P2P —hablamos de cientos de miles, posiblemente millones de usuarios, participando en cientos de miles, posiblemente millones de actos infractores, desde prácticamente todos los países en los que se puede acceder a Internet—, y de la necesidad de recurrir a medios automatizados para detectar dichos actos e identificar a los que en ellos han participado, analizando puertos y protocolos utilizados, así como patrones de tráfico dentro de las redes monitorizadas. Por este motivo, los grandes titulares de derechos optan por encomendar este tipo de tareas a empresas externas[305], profesionales del requerimiento[306] cuyo principal objetivo es, lógicamente, detectar el mayor número de infracciones e infractores posible, pero también remitir todos los avisos de infracción que el sistema permita.

La consecuencia principal es que, en la práctica, no son los titulares de derechos los que valoran directamente ni la infracción ni la prueba de su comisión desde una determinada dirección IP, en relación a una concreta obra del intelecto sobre la cual ostentan derechos, sino que la labor recae en terceros, operadores no jurídicos o empresas proveedoras de soluciones informáticas altamente incentivados para dar una respuesta masiva a un problema también masivo[307]. En la medida en que los usuarios de los servicios que estos

---

305 Como, por ejemplo, la alemana Maverickeye UG <*https://www.maverickeye.de*> o la británica Muso TNT <*https://www.muso.com*>

306 Véase J. M. URBAN, J. KARAGANIS AND B. SCHOFIELD, *Notice and Takedown in Everyday Practice* (March 22, 2017). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628. Págs. 31 a 35 y 48. Disponible en <*https://ssrn.com/abstract=2755628*>

307 Véase W. PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*, *op. cit.*, pág. 13.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

operadores monitorizan no son propios ni de quien les encomienda la tarea a la que se dedican, sus intereses les son también ajenos y no cuentan con estímulo alguno para actuar a favor de los usuarios en caso de que se les presenten dudas acerca de su participación en las supuestas infracciones que detectan, guiándose de ordinario por una suerte de principio *in dubio contra reo*.

En segundo lugar y relacionado ciertamente con el riesgo de parcialidad apuntado en el párrafo anterior, los sistemas de respuesta gradual no incorporan de manera rigurosa determinados estándares habituales en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con el respeto al principio general de presunción de inocencia. Esto es así debido a que los sistemas graduales no son ideados como una réplica de aquellos, sino como una solución complementaria, ciertamente dotada con unas garantías mínimas a favor de los usuarios, pero claramente orientada a ayudar a los titulares a hacer frente de manera más ágil y efectiva a la infracción de sus derechos mediante la tecnología P2P. En el extremo menos garantista para el usuario tendremos, sin lugar a dudas, los sistemas graduales surgidos de acuerdos privados entre titulares de derechos y proveedores de servicios; situándose en el opuesto, aquellos desarrollados a nivel nacional en el marco de un proceso legislativo aprobado en sede parlamentaria.

En tercer lugar, si no hay sanciones intermedias antes de la suspensión del servicio de acceso a Internet, el sistema acabará adoleciendo de un problema serio de desproporcionalidad. Para poder ser considerado como mínimamente gradual, la secuencia "primer aviso - segundo aviso", no puede concluir con el ISP cortando el servicio al usuario. Una suspensión de este tipo puede ser comprensible en el caso de servicios como, por ejemplo, los que facilita una plataforma de reventa de artículos como eBay a sus usuarios, pero resulta de difícil aceptación en relación a servicios de acceso a Internet, en la medida en que ser expulsado de una plataforma concreta no es equiparable a ser excluido de participar en el medio de comunicación más importante que existe en la

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

actualidad[308]. Por ello, es necesario que haya medidas restrictivas previas, temporales y de menor alcance como, por ejemplo, una reducción de la velocidad de conexión contratada por el usuario infractor, la imposición de limitaciones al uso de determinados protocolos o al acceso, en determinadas circunstancias o en ciertas franjas horarias, a determinadas páginas, recursos o sitios web.

En cuarto y último lugar, se ha venido apuntando que los sistemas de respuesta gradual podrían socavar determinados derechos fundamentales y libertades públicas, principalmente el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

El primer derecho fundamental se vería menoscabado en la medida en que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras y, en una sociedad tan fuertemente digitalizada como la actual, disponer de acceso a Internet es crucial para poder comunicar y recibir libremente dicha información. Ahora bien, lo cierto es que el impacto que la imposición de una medida de desconexión tendría a día de hoy en este derecho de expresión a través de Internet[309] sería significativamente limitado, debido a las múltiples posibilidades que como usuarios tenemos para acceder a Internet desde otras conexiones distintas a la afectada —en el puesto de trabajo, desde centros educativos, bibliotecas públicas o decenas de establecimientos públicos— o a través de otros dispositivos susceptibles de conexión a éstas —teléfonos inteligentes, tabletas, etc.—[310]. Por ello, su posible afectación no resulta tan meridianamente clara hoy en día como podría haberlo sido años atrás.

---

[308] Tomamos prestado el ejemplo de C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017. Pág. 469.

[309] Así se denomina en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre "*The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*", de 16 de julio de 2012 (A/HRC/RES/20/8), de 14 de julio de 2014 (A/HRC/RES/26/13) y de 27 de junio de 2016 (A/HRC/32/L. 20).

[310] Como apuntaba en su día A. STROWELL, «Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers - Is the "Graduated Response" a Good Reply?». THE WIPO JOURNAL, número 1 (2009), pág. 83.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

El derecho a la protección de los datos de carácter personal, de gran relevancia sin duda entre los derechos de reciente generación, se vería perturbado en tanto en cuanto garantiza a los particulares el control sobre sus datos personales, su uso y su destino, otorgándoles, tal y como ha recalcado nuestro Tribunal Constitucional,

> "un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso".[311]

Esto supone que, salvo casos concretos de cumplimiento de una obligación legal o de concurrencia de un interés legítimo que la norma nacional haya establecido que deba prevalecer sobre los derechos e intereses de los usuarios, los ISPs no pueden llevar a cabo tratamientos de datos personales de sus usuarios para fines respecto de los cuales éstos no hayan prestado su consentimiento libre, específico, informado e inequívoco. A mayor abundamiento, en muchas naciones existe la prohibición de supeditar la ejecución del contrato a que el usuario consienta el tratamiento de sus datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual[312].

La protección de ambos derechos está garantizada a escala nacional por los ordenamientos constitucionales de un número elevado de países y, en nuestro entorno jurídico más próximo, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[313], con el cual todos los Estados

311 Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Fundamento jurídico séptimo.

312 Como por ejemplo establece el art. 6.3 de nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

313 Artículo 10. Hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Es especialmente importante el apartado segundo de dicho artículo 10, pues establece que los Estados parte pueden aprobar por ley determinadas restricciones al mismo o, digámoslo de otro modo, situaciones de no injerencia "*que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

miembros se han comprometido independientemente de las obligaciones que les correspondan según el derecho de la Unión Europea, y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[314], que vincula a todos sus Estados miembros cuando aplican el derecho comunitario. En la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio, el sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el Convenio, siendo posible que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa[315].

Profundizando un poco en el ejemplo de la Unión Europea y entrando ya en el plano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (en adelante, TEDH), entiende de las violaciones de derechos recogidos en el Convenio, mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo (TJUE, en lo sucesivo), es la instancia superior de defensa de los derechos reconocidos en la Carta; dándose una suerte de duplicidad de tribunales con competencia sobre las mismas materias —pues la Carta incluye el contenido del Convenio—, y en el mismo ámbito geográfico —ya que todos los firmantes del Convenio son miembros de la Unión Europea—[316]. Duplicidad que no se ha traducido en divergencias entre ellos en la interpretación del contenido y extensión de los derechos reconocidos tanto en la Carta como en el Convenio debido a lo que LÓPEZ GUERRA denomina "coordinación informal", basada en la convergencia practica de la jurisprudencia de ambos tribunales, la cual deriva de la identidad de los principios que rigen ambos sistemas, del proclamado carácter

---

defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

314 Artículos 8 y 11 respectivamente. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/391, de 26 de octubre de 2012.

315 Art. 52.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

316 Sobre las relaciones entre ambos, *vid.* L. LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "le mouvement nécessaire des choses"». UNED, TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL, número 39 (2017), págs. 163 a 188.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

universal de los derechos que en ellos se garantizan y del dialogo existente entre ambas instancias[317].

Tanto el TEDH como el TJUE han tenido numerosas oportunidades para manifestarse sobre el eventual enfrentamiento en el ámbito *online* entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y la salvaguarda del derecho de libertad de expresión y a la protección de los datos de carácter personal, ponderando y garantizando un mínimo equilibrio en la aplicación del primero en relación al segundo y al tercero.

En lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión, el TJUE ha determinado que el obligar a los proveedores de servicios de acceso a Internet a establecer sistemas de filtrado que impidan *toda forma* de envío o recepción de archivos de información a través de redes P2P vulneraría el derecho a recibir y comunicar libremente ideas e información de los usuarios, dado que se corre el riesgo de que estos sistemas no distingan suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito[318], e idéntica conclusión se alcanza en relación a los proveedores de servicios de alojamiento de datos proporcionados por sus usuarios[319].

Partiendo en cierto modo de la lógica apuntada en dichas resoluciones, el tribunal de Luxemburgo no ve problema en que se imponga a un proveedor de servicios de acceso a Internet la obligación de impedir el acceso a un determinado sitio web en donde tienen lugar actos infractores de derechos de propiedad intelectual de tercero, si dicho ISP tiene libertad para elegir las medidas técnicas que han de adoptarse para cumplirla y, además, éstas están rigurosamente delimitadas, en el sentido de que sirven para impedir o dificultar la vulneración de derechos sin que se vean afectados el resto de usuarios que, no estando involucrados en dichas actividades infractoras, hacen

---

317 *Ibidem*, pág. 166.

318 Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended* SA contra *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Asunto C-70/10. Párrafo 52.

319 Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* contra *Netlog NV*. Asunto C-360/10. Párrafo 50.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

uso de los servicios de ese mismo proveedor para recibir y comunicar ideas e información a través de Internet[320].

El TJUE tampoco observa conflicto entre el derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual y el derecho a la libertad de información de los destinatarios de un servicio de acceso a una red de comunicaciones, cuando el proveedor que facilita el mismo opta, de entre varias medidas técnicas posibles para evitar el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de la tecnología P2P, por establecer una contraseña que sirva para disuadir a los usuarios de vulnerar derechos de autor o afines, en la medida en que deban revelar su identidad para obtener la contraseña requerida y no puedan, por tanto, actuar anónimamente[321].

Por su parte, el TEDH ha afirmado que la imposición de medidas de bloqueo de acceso a Internet demasiado amplias constituyen una violación del derecho a la libertad de expresión, en su modalidad de recibir y comunicar ideas e información, libremente y sin restricciones[322], no conculcándose el mismo cuando dichas medidas se limitan a una serie concreta de sitios web que ofrecen obras protegidas en infracción de derechos de propiedad intelectual de tercero, pero los usuarios pueden seguir accediendo sin problemas y de manera lícita, a una amplia variedad de obras protegidas del mismo tipo por otras vías o a través de otras modalidades de acceso[323].

De la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo se extrae como principio que, a fin de cumplir los requisitos de la Convención, resulta necesario que las autoridades nacionales establezcan marcos jurídicos particularmente estrictos que limiten la restricción del derecho a la

---

320 Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH* contra *Constantin Film Verleih GmbH* y *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. Asunto C-314/12. Párrafos 55 y 56.

321 Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden* contra Sony Music Entertainment Germany GmbH. Asunto C-484/14. Párrafos 92, 93 y 100.

322 Véase Sentencia del TEDH (Sección 2ª), de 18 de diciembre de 2012, asunto Ahmet Yildirim contra Turquía. Demanda nº 3111/10. Apartados 66 a 69. También la Sentencia del TEDH (Sección 3ª), de 23 de junio de 2020, asunto Vladimir Kharitonov contra Rusia. Demanda 10795/14. Apartados 39, 40 y 42 a 46.

323 Véase Sentencia del TEDH (Sección 2ª), de 11 de marzo de 2014, asunto Yaman Akdeniz contra Turquía. Demanda nº 20877/10. Apartados 25 y 28.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

libertad de expresión a aquello que sea exclusivamente imprescindible para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, al tiempo que se habiliten mecanismos de garantía contra posibles abusos, de cara a evitar situaciones de censura colateral en relación a los derechos de los usuarios de Internet[324].

Por último, la doctrina científica advierte de una evolución en la jurisprudencia del TEDH que abraza la conveniencia de examinar desde la perspectiva del derecho de libertad de expresión aquellos asuntos en materia de propiedad intelectual que así lo aconsejen, de cara a dilucidar, en relación al caso concreto, si la protección del derecho de autor justifica o no una posible restricción a la libertad de expresión.

Así, en dos casos del año 2013 en los que el intercambio ilegal y con ánimo de lucro de material protegido por derechos de autor era patente y en los que finalmente se acabó resolviendo en contra de la existencia de violación del derecho a la libertad de expresión[325], el TEDH no dudó en afirmar que las acciones en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual de un Estado parte del Convenio son susceptibles de control desde el punto de vista de su conformidad con el derecho a la libertad de expresión[326].

Esta línea de pensamiento ha encontrado cierto eco en el TJUE, a tenor tanto de la sentencia[327] como de las conclusiones del Abogado

---

[324] Cfr. COUNCIL OF EUROPE / EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, RESEARCH DIVISION, *Internet: case-law of the European Court of Human Rights*. Updated: June 2015. Págs. 46 y 47. Disponible en la URL: *<https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf>*

[325] Véanse Sentencias del TEDH (Sección 5ª), de 10 de enero de 2013, asunto Ashby Donald y otros contra Francia, demanda nº 36768/08; y de 19 de febrero de 2013, asunto Neij y Sunde Kolmisoppi contra Suecia, demanda nº 40397/12.

[326] C. GEIGER AND E. IZYUMENKO, «Intellectual property before the European Court of Human Rights» en C. GEIGER ET AL (eds.). *Intellectual Property and the Judiciary*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018. Págs. 44 a 47.

[327] Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, en el asunto C-469/17, en el procedimiento entre *Funke Medien NRW GmbH* y *Bundesrepulik Deutschland*. El asunto trae origen en la publicación por parte del medio de comunicación Funke Medien de una serie de informes oficiales de naturaleza militar a cuya difusión se opuso el Gobierno alemán por medio de una acción de cesación basada en una supuesta infracción de sus derechos de propiedad intelectual.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

General[328], presentadas en relación al conocido como caso de los "Papeles de Afganistán" o *Funke Medien*, al proponer este último que, para la resolución de asunto, se tomase "*como punto de partida no el derecho de autor de la República Federal de Alemania, sino la libertad de expresión de Funke Medien*" para dilucidar si el derecho de libertad de expresión "*debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro invoque el derecho de autor que le asiste sobre documentos como los controvertidos en el litigio principal para limitar la libertad de expresión consagrada en este artículo*"[329], e interpretar el TJUE que si bien la libertad de información y de prensa no pueden justificar, al margen de las limitaciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 DDASI, una excepción a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública, dichas limitaciones deben ser interpretadas por los órganos jurisdiccionales nacionales de manera "*que, respetando su tenor y salvaguardando su efecto útil, sea plenamente conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales.*"[330] Esto supone, en cierto modo, una apuesta por defender que el derecho de propiedad intelectual no debe ser inmune a limitaciones externas que tengan como fundamento el derecho a la libertad de expresión[331].

En cuanto al derecho a la protección de los datos personales, si bien el Convenio no lo menciona específicamente y su ingreso en el marco comunitario de derechos fundamentales como tal no tiene formalmente lugar hasta la aprobación de la Carta en 2007, el TEDH no ha dudado en considerar que la recolección no autorizada de información relativa al uso que de Internet pueda hacer un particular

---

328 Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 25 de octubre de 2018. Asunto C-469/17. *Funke Medien NRW GmbH* contra la República Federal de Alemania.

329 *Ibidem*, párrafos 33. Sobre la conveniencia de seguir un razonamiento análogo que el desarrollado por el TEDH, véanse párrafos 41 a 43.

330 Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, en el asunto C-469/17, en el procedimiento entre *Funke Medien NRW GmbH* y *Bundesrepulik Deutschland*. Párrafo 76.

331 Véase C. GEIGER AND E. IZYUMENKO, «Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: The Advocate General of the CJEU shows the way». CENTER FOR INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES. Research paper no. 2018-12 (2018).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

supone una clara injerencia en el derecho al respeto de su vida privada y familiar[332], cuya protección sí garantiza el artículo 8 del Convenio[333]. Sin embargo, como es sabido, ha sido la jurisprudencia del TJUE la que principalmente ha abordado el conflicto entre este nuevo derecho a la protección de los datos de carácter personal y los derechos de propiedad intelectual.

De este modo y manera, el tribunal de Luxemburgo ha aclarado que la protección efectiva de la propiedad intelectual no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de datos personales y que no cabe interpretar las directivas aplicables en ambas materias en el sentido de que obliguen a los Estados miembros a imponer a los proveedores de servicios de acceso el deber de comunicar a efectos de su identificación en el marco de un procedimiento civil, el nombre y la dirección de un abonado o de un usuario de Internet que hace uso de una dirección IP a partir de la cual presuntamente se intercambiaron de forma ilícita archivos que contenían obras protegidas[334].

Por su parte, el TJUE ha indicado que, a los efectos pretendidos por el artículo 8.2.a) de la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual[335], el cual regula el derecho de información de los titulares en caso de supuestas infracciones, "*no comprende, en relación con un usuario que ha puesto en línea archivos infringiendo un derecho de propiedad intelectual, su dirección de correo electrónico, su número de teléfono ni la dirección*

---

[332] Sentencia del TEDH (Sección 4ª), de 3 de abril de 2007, asunto *Copland* v. *United Kingdom*. Demanda nº 62617/00. Apartados 41 a 44.

[333] Para una recopilación de la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de datos personales, véase COUNCIL OF EUROPE, DATA PROTECTION UNIT / EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case-law of the European Court of Human Rights concerning the Protection of Personal Data*. Strasbourg, June 2018. T-PD(2018)15. Disponible en <*https://www.coe.int/en/web/data-protection/echr-case-law*>

[334] Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae)* contra *Telefónica de España S.A.U.* Asunto C-275/06 (en adelante "caso Promusicae"). Párrafos 57 y 58; y Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 19 de abril de 2012, *Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB y Storyside AB* contra *Perfect Communication Sweden AB*. Asunto C-461/10 (en adelante "caso Bonnier"). Párrafos 52 a 55.

[335] Diario Oficial de la Unión Europea, L 157, 30 de abril de 2004.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

IP utilizada para subir estos archivos o la dirección IP utilizada en el último acceso a su cuenta de usuario."[336]

El TJUE explica también que la normativa comunitaria relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas *no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil*[337], siempre y cuando dicha norma permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de esa acción, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes[338]. En el verano de 2021, el TJUE ha tenido la oportunidad de ser aún más claro y explicitar que el Reglamento 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación[339], no se opone, en principio,

> "ni al registro sistemático, por parte del titular de derechos de propiedad intelectual y por parte de un tercero que actúa por cuenta de este, de direcciones IP de usuarios de redes entre pares (peer-to-peer) cuyas conexiones de Internet supuestamente se utilizaron en actividades infractoras contra la propiedad intelectual, ni tampoco a la comunicación de los nombres y de las direcciones postales de esos usuarios al mencionado titular o a un tercero para permitirle presentar una demanda de indemnización ante la jurisdicción civil por el perjuicio supuestamente ocasionado por los citados usuarios, a condición, no obstante, de que las iniciativas y las pretensiones al efecto del referido titular o de ese tercero sean justificadas,

---

336 Sentencia TJUE (Sala Quinta), de 9 de julio de 2020, en el asunto C-264/19, en el procedimiento entre *Constantin Film Verleih GmbH* y *YouTube LLC*, *Google Inc.* Párrafo 40.

337 Caso Promusicae, párrafo 54; y caso Bonnier, párrafo 55.

338 Caso Bonnier, párrafo 59.

339 Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial, nº L 119, de 4 de mayo de 2016.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> proporcionadas y no abusivas *y se fundamenten jurídicamente en una medida legal nacional* [...]"[340]

Así las cosas y por este motivo, en aquellos países como España en los que no se optó por valerse de esa facultad y establecer dicha obligación, sólo en el marco de un proceso penal podrán los titulares de derechos obtener de los proveedores de servicios de acceso a Internet la identidad y datos de contacto de aquellos usuarios cuyas direcciones IP hubiesen sido identificadas participando en actos de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P. El problema en la jurisdicción civil es solucionable mediante la presentación de la necesaria iniciativa legislativa destinada a establecer dicha obligación en nuestro Derecho interno, siempre y cuando, tal y como indica LÓPEZ MAZA, la petición de revelación de datos personales de los potenciales infractores civiles pase a canalizarse "*a través de una autoridad judicial que vele para que en ese proceso se adopten todas las garantías necesarias*"[341].

En lo que se refiere al potencial establecimiento de sistemas de supervisión y filtrado por parte de proveedores de acceso a Internet para evitar el intercambio de archivos que vulneren los derechos de autor y afines por parte de sus clientes[342], el TJUE ha entendido que, en la medida en que dichos sistemas requieran la monitorización de la totalidad de las comunicaciones entre usuarios y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los que hayan originado el

---

340 Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 17 de junio de 2021, en el asunto C-597/19, en el procedimiento entre *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited* y *Telenet BVBA*. Declarando Tercero. Énfasis y entre corchetes propio.

341 S. LÓPEZ MAZA, «Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España S.A.U. Asunto C-275/06», en R. SÁNCHEZ ARISTI ET AL, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual; Análisis y comentarios*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2017. Pág. 250.

342 Sistemas que son vistos con preocupación por algunos autores que los consideran en cierto modo como instrumentos de vigilancia ciudadana, cuya implementación no recibe demasiada atención en cualquier debate de fondo sobre la idoneidad de los sistemas de respuesta gradual, a menudo fuera del foco de atención debido a la atracción que generan las medidas de desconexión. Véase T. MEYER AND L. VAN AUDENHOVE, «Surveillance and Regulating Code; An Analysis of Graduated Response in France». SURVEILLANCE & SOCIETY, volumen 9, número 4 (2012), págs. 365 a 377.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

envío de contenidos ilícitos, podrían ser vulneradores del derecho a la protección de datos de carácter personal de los usuarios, ya que dichas direcciones IP tienen la consideración de datos personales[343], puesto que permiten identificarlos de manera individualizada[344]. *Mutatis mutandis*, el tribunal llegó a parecida conclusión respecto a la posible imposición de sistemas de supervisión de la totalidad de la información almacenada por proveedores de servicios de alojamiento de datos[345].

3.3.2.4. Principios básicos para el diseño de sistemas de respuesta gradual equilibrados.

Como cabe concluir de lo descrito en el apartado anterior, el diseño de un sistema de respuesta gradual que aspire a ser equilibrado, a conciliar los intereses de usuarios, proveedores de servicios de la Sociedad de la Información y titulares de derechos, así como a mantener al mínimo el riesgo de aspectos negativos, tendría que cumplir una serie de requisitos mínimos.

Tal y como explica YU[346], entre estos presupuestos podemos citar la necesidad de que sean proporcionales, flexibles —en el sentido de que tengan en cuenta el juego de las excepciones y límites que el derecho de propiedad intelectual permite—, que prevean la desconexión del usuario como un auténtico último recurso cuando todas las demás opciones hayan fracasado, y que intenten minimizar

---

343 Las direcciones IP estáticas o dinámicas han venido siendo consideradas datos de carácter personal en la medida en que tanto los proveedores de acceso, como los administradores de redes o determinados proveedores de servicios de Internet pueden identificar por medios razonables a los usuarios a los que han asignado dichas direcciones IP, pues registran sistemáticamente en un fichero la fecha, la hora, la duración y la dirección IP asignada a cada uno de esos usuarios. Véase GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo. Privacidad en Internet; Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea.* Adoptado el 21 de noviembre de 2000. 5063/00/ES/FINAL. WP 37. Pág. 23.

344 Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA* contra *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Asunto C-70/10. Párrafos 50 y 51.

345 Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* contra *Netlog NV*. Asunto C-360/10. Párrafo 48.

346 P. K. YU, «The Graduated Response», *op. cit.*, págs. 1.418 a 1.427, a quien nos tomamos la libertad de seguir de nuevo de manera parcial, libre y desordenada.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

los posibles efectos colaterales no buscados que ésta y cualesquiera otras impuestas al amparo del sistema, puedan tener en los usuarios.

Sin embargo, dos principios adicionales destacan a nuestro juicio de entre el resto por su relevancia. En primer lugar, la necesidad de que todo sistema de respuesta gradual cuente con un procedimiento independiente de revisión de las medidas que en virtud del sistema de respuesta gradual se impongan, ya sea de naturaleza administrativa, judicial o mixta. Su intervención es crucial para garantizar un mínimo cumplimiento de ciertas máximas procesales, primarias, universales y propias de cualquier Estado de Derecho, que se concretan en los conocidos principios de legalidad, defensa, audiencia e igualdad de partes.

En segundo lugar, que el sistema busque principalmente la educación del usuario y su "rehabilitación", en el sentido de servir para que pueda comprender las consecuencias reales que la infracción tiene para los autores y cualesquiera otros colectivos o industrias afectadas, así como para aceptar la necesidad de corregir su comportamiento anterior y asumir la responsabilidad de evitar posibles reincidencias. El objetivo debe ser el convertir consumidores de contenidos protegidos no respetuosos con el derecho de autor en consumidores respetuosos con el mismo. Este proceso didáctico requiere tiempo, paciencia y esfuerzo, lo cual en el ámbito de los programas de respuesta gradual puede traducirse en la necesidad de prever plazos amplios entre aviso y aviso; en redactar comunicaciones explicativas adaptadas al usuario medio de Internet que vayan más allá de la mera descripción del hecho infractor y su potencial calificación conforme a la legislación vigente; e incluso, en organizar sesiones informativas de asistencia obligatoria para los "infractores" impartidas por diversos actores de la industria creativa para permitirles conocer de primera mano la importancia que el sistema de derecho de propiedad intelectual tiene para ellos, o en diseñar sistemas de incentivos[347], patrocinados por ejemplo por

[347] Piénsese que, tal y como acertadamente ha puesto de manifiesto PATRY, los sistemas de respuesta gradual son *todo palo y cero zanahoria*, en el sentido de que sólo castigan y no estimulan ni recompensan el respeto por los derechos de propiedad intelectual. Cfr. W. PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*, *op. cit.*, pág. 18.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

organizaciones de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, que sirvan de apoyo en la transición desde un consumo infractor de contenidos protegidos a otro plenamente respetuoso, dirigidos a colectivos relevantes como el de la gente joven.

3.3.3. Otras propuestas y alternativas para confrontar el problema.

3.3.3.1. El modelo normativo canadiense de *notice and notice*.

Tal y como hemos explicado en el punto 2 del presente capítulo, los Estados Unidos y la Unión Europea han apostado por un sistema de "aviso y retirada" (*notice and takedown*) para afrontar el problema de la localización, la transmisión y el alojamiento de contenidos ilícitos en línea, de tal modo que, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la DMCA[348] y en la DCE[349] y, además, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido o hacer que el acceso al mismo sea imposible, los ISPs no serán considerados responsables por las actividades infractoras cometidas por sus usuarios.

Sin embargo, esta no es la única opción regulatoria disponible. En Canadá, por ejemplo, han desarrollado un modelo alternativo conocido como sistema de "aviso y aviso" (*notice and notice*), cuyo diseño y particularidades pasaremos a abordar a continuación.

A diferencia de lo que sucede en los procedimientos de *notice and takedown*, en el modelo de *notice and notice* los ISPs no se encuentran obligados a retirar o a bloquear de manera diligente el acceso al contenido infractor proporcionado por los destinatarios de sus servicios, a fin de quedar exentos de responsabilidad por la localización, transmisión y almacenamiento de dichos contenidos ilícitos. La limitación de responsabilidad se les concede en virtud de su actividad y rol de intermediarios imprescindibles y necesarios para el desarrollo de la Sociedad de la Información, no a cambio de

348 17 U.S.C. § 512(c)(3).

349 Artículos 12, 13 y 14.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

implementar un proceso determinado de protección de los derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a su funcionamiento, en los procedimientos de *notice and notice* el titular de derechos informa al ISP de una potencial infracción de sus derechos y este debe remitir dicho aviso al usuario específico responsable del contenido reportado el cual, a su vez, puede optar por retirarlo de manera voluntaria o hacer frente a una posible reclamación en vía judicial por parte del titular de derechos afectado. A continuación, el ISP confirma al titular que el usuario responsable ha sido informado de su denuncia —de aquí la referencia a *aviso y aviso* en la denominación de este segundo modelo—. En caso de desatenderse la petición de retirada, el derechohabiente reclamante puede poner en marcha los procedimientos de tutela disponibles conforme a la legislación nacional que sea de aplicación y, previo mandato judicial ordenando que se proceda a ello, el ISP revelará los datos identificativos que del mismo le consten.

3.3.3.1.1. Antecedentes.

Tal y como explica HAMILTON[350], el sistema desarrollado en Canadá tiene sus orígenes tanto en el código de conducta de la *Canadian Association of Internet Providers* (conocida también por el acrónimo CAIP) —en el cual se establece que sus miembros no alojarán conscientemente contenido ilícito; que a estos efectos compartirán información sobre este tipo de recursos; que realizarán los esfuerzos que sean razonablemente necesarios para investigar las reclamaciones legítimas sobre contenidos ilícitos que les sean remitidas y que, con carácter previo a cualquier medida que puedan tomar, que llevarán a cabo una investigación interna, informando a las autoridades competentes y notificando formalmente al proveedor de dichos contenidos, exigiendo una respuesta sobre ellos—; como en el procedimiento puesto en marcha a finales del año 2000 entre la susodicha CAIP, la *Canadian Cable Television Association* (CCTA) y la *Canadian Recording Industry Association*

350 S. N. HAMILTON, «Made in Canada: A Unique Approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement», en M. GEIST (ed.), *In The Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto, Irwin Law, 2005. Pág. 295.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(CRIA) a fin de gestionar las reclamaciones por infracción de derechos de autor que pudieran afectar a alguna de las empresas miembro de la CAIP.

Este procedimiento tripartito operaba de la siguiente manera[351]: una vez informada la CRIA de la disponibilidad, a través de los recursos o servicios propios de un ISP determinado, de un contenido infractor de derechos de autor que pudiera afectar a alguno de sus miembros, esta asociación procedía a remitir comunicación escrita al dicho ISP, identificando tanto al titular perjudicado como a la obra afectada y facilitando información suficiente que permitiese al ISP la exacta localización del material ilegal. A su vez, el ISP remitía una notificación a aquel de sus clientes que sea el responsable de la puesta a disposición ilícita del contenido, informándole que dicho acto contravenía los términos y condiciones de uso por los que se rige el servicio que tiene contratado, aportando la información recibida desde la CRIA y, por último, animando a su cliente a que contacte con esta asociación para la resolución del incidente. En ese momento, el ISP confirma por escrito a la CRIA que el contenido de su aviso ha sido remitido al responsable del contenido denunciado. Si éste no procediese a eliminarlo, la CRIA estaría ya, conforme a la normativa de propiedad intelectual canadiense, en posición de iniciar el pertinente procedimiento judicial para la tutela de su derecho y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Este sistema voluntario de autorregulación parece que funcionó razonablemente bien para los ISPs. Según datos de la CAIP, aproximadamente el 80% de todas las reclamaciones recibidas por los proveedores de servicios de Internet canadienses fueron resueltas a través del mismo[352]. La satisfacción se extendió también en buena medida entre los titulares de derechos, las asociaciones profesionales a través de las que se agrupan en función de la industria a la que pertenecen y las sociedades de gestión colectiva de derechos, consolidándose la idea de que sería ciertamente positivo el intentar codificar un régimen similar en la ley canadiense de propiedad intelectual. Sin embargo, el proceso no fue sencillo y tras años de

351 *Ibidem*, pág. 296.

352 Véase *ibidem*, nota 38, pág 296.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

negociación parlamentaria y varios intentos fallidos, sobre los cuales hablaremos a continuación un poco más en detalle, no sería hasta la aprobación de la *Copyright Modernization Act* en junio de 2012, cuando Canadá adoptaría formalmente el modelo de *notice and notice* que en la actualidad sigue vigente.

3.3.3.1.2. Primeros intentos normativos: la Bill C-60, la Bill-C-61 y la Bill-C-32.

Los primeros intentos de introducción de un sistema de *notice and notice* en Canadá tuvieron lugar con las conocidas como *Bill C-60*[353] y *Bill C-61*[354]. La *Bill C-60* fue presentada el 20 de junio de 2005 y pretendía establecer un régimen limitado de responsabilidad para los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información similar al aprobado en 1998 en Estados Unidos con la DMCA y en 2000 en la Unión Europea con la DCE[355] pero sustituyendo el régimen de aviso y retirada por el tripartito de *notice and notice* desarrollado y aplicado entre la CAIP, la CCTA y la CRIA[356], extendiendo los beneficios de este acuerdo privado a todos los titulares de derechos de autor y afines, a todos los ISPs y a todos los usuarios del país[357].

Como novedades, la *Bill C-60* establecía que el ISP debía conservar los datos identificativos del usuario responsable de la infracción reportada durante un período de tiempo de seis meses a contar desde la fecha de recepción de la reclamación; y fijaba en un máximo de 5.000 dólares canadienses la sanción para todo ISP que incumpliese la obligación de remitir los avisos que recibiese y un máximo de 10.000 dólares a los ISPs que no guardasen los datos de los infractores de la manera prevista por la ley[358]. Para compensar en cierta medida los gastos que el sistema pudiera acarrear a los ISPs, la

353 *House of Commons of Canada. First Session, Thirty-eighth Parliament, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005*. Disponible en: <*http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/38-1/bill/C-60/first-reading*>

354 *House of Commons of Canada. Second Session, Thirty-ninth Parliament, 56-57 Elizabeth II, 2007-2008*. Disponible en: <*http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/39-2/bill/C-61/first-reading/page-4*>

355 Véase la propuesta contenida en la nueva Sección 31.1.

356 Véase propuesta en Sección 40.

357 S. N. HAMILTON, «Made in Canada: A Unique Approach…», *op. cit.*, pág. 305.

358 Sección 40.2 (3).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

norma establecía también que estos podrían cobrar una determinada cuota, a fijar por el Ministerio correspondiente, por cumplir con las obligaciones de envío de avisos y conservación de datos que la *Bill C-60* les imponía[359].

Por su parte, la *Bill C-61* fue presentada el 12 de junio de 2008 y proponía un régimen de responsabilidad para los ISPs y un procedimiento de aviso y aviso casi idéntico al de la *Bill C-60*[360]. Como novedad merece la pena destacar que se incluía que el plazo de conservación de los datos de los usuarios por parte de los ISPs podría verse ampliado hasta doce meses, a contar desde la fecha de recepción de la reclamación, en caso de que el titular de derechos optase por iniciar acciones judiciales contra el supuesto infractor[361].

No obstante, ni la *Bill C-60* ni la *Bill C-61* llegarían a entrar en vigor. La primera sería "víctima" del triunfo de una moción de censura contra el primer ministro Paul Martin, y la segunda expiraría, tras una primera lectura ante la Cámara de los Comunes, con la disolución del Parlamento en 2008 debido a la convocatoria de nuevas elecciones. Consciente de la necesidad de recabar consensos adicionales para evitar un nuevo fiasco, el nuevo Gobierno canadiense iniciaba en julio de 2009 —apenas un año después de la fallida presentación de la *Bill C-61*—, una ronda de ocho semanas de consultas públicas a fin de pulsar la mejor manera de afrontar la reforma y modernización de la ley de propiedad intelectual, la cual, desde 1997, tan solo había experimentado modificaciones de carácter menor. El proceso concluyó con más de 8.000 opiniones y valoraciones formales por escrito presentadas por titulares de derechos, proveedores de servicios y usuarios en general[362], las cuales servirían como punto de inicio para la preparación de lo que acabaría siendo un nuevo proyecto legislativo de reforma: la *Bill C-32*[363].

---

359 Sección 40.2 (2).

360 Véanse Secciones 31.1, 41.25, 41.26 y 41.27.

361 Sección 41.26 (1) (b).

362 Véase M. GEIST, *The 2009 Copyright Consultation: Setting the Record Straight.* April 20, 2010. *<http://www.michaelgeist.ca/2010/04/copycon-record-straight/>*

363 *House of Commons of Canada. Third Session, Fortieth Parliament, 59 Elizabeth II, 2010.* Disponible en: *<http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/40-3/bill/C-32/first-reading>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

El régimen limitado de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información que propone la *Bill C-32* es casi idéntico al de la *Bill C-60* y *C-61*[364] y, en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, abarca de manera amplia a cualquier persona física o jurídica que proporcione cualquier tipo de servicios mediante cualquier tipo de redes digitales de telecomunicaciones, incluyendo redes privadas que no formen parte de Internet, redes virtuales y redes P2P de intercambio de archivos[365]. Sin embargo, varias son las diferencias entre la *Bill C-32* y sus antecesoras.

En primer lugar, la *Bill C-32* incluye la salvedad importante de excluir de los beneficios de su régimen de responsabilidad a todos aquellos prestadores o intermediarios que proporcionen, a través de Internet u otras redes digitales, un servicio que se sepa o que deba haberse sabido que fue diseñado para permitir la infracción de derechos de autor y afines, cuando estos actos ilícitos se produzcan como resultado del uso de dicho servicio en Internet o en otras redes digitales[366]. La propia *Bill C-32* especifica una serie de indicadores que podrán ser tenidos en cuenta por los tribunales a la hora de valorar si un servicio concreto ha sido o no diseñado para permitir la infracción de derechos, entre ellos si ha sido anunciado o promocionado en el mercado como un servicio que puede ser utilizado con esa finalidad; si tiene un número relevante de usos alternativos no infractores; si se permite a los usuarios limitar el servicio para evitar la comisión de actos atentatorios y si, en caso de no ser así configurado el servicio, si de ello se deriva algún tipo de beneficio para el usuario[367].

Este nuevo supuesto de responsabilidad secundaria o subsidiaria por posibilitar a terceros la comisión de actos infractores de los derechos de autor y afines que la *Bill C-32* introducía en el marco

---

364 Incluyéndose, según HAGEN en la categoría de ISPs todos los proveedores de servicios, independientemente de la red de comunicaciones que usen, ya sea pública o privada, parte de Internet o no y, por supuesto, las redes P2P de intercambio de archivos. Cfr. G. R. HAGEN, «"Modernizing" ISP Copyright Liability», en M. GEIST (ed.), *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canada Copyright and the Digital Agenda.* Toronto, Irwin Law, 2010, pág. 377.

365 G. R. HAGEN, «"Modernizing" ISP Copyright Liability», *op. cit.*, pág. 377.

366 Véanse propuestas de Secciones 32.1.(2) y 27.(2.3).

367 Sección 27.(2.4).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

jurídico canadiense, fue pensado específicamente con el problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas mediante la tecnología P2P en mente, si bien, tal y como indica HAGEN, solo afecta a servicios y no a productos que permitan o hagan posible dichos intercambios —tampoco al *software* ni a los programas informáticos que controlen u operen esos dispositivos—, y, dentro de esta categoría, sólo a aquellos servicios que se presten en línea, con lo cual quedan excluidos los proporcionados en un entorno *offline*[368].

Como segunda diferencia relevante entre el esquema de la *Bill C-32* y los de la *Bill C-60* o la *Bill C-61*, está la peculiaridad que se introduce para los proveedores de servicios de búsqueda y localización de contenidos *online*, en relación a aquellos que pudieran seguirse mostrando en su lista de resultados, con posterioridad a que hayan sido ya eliminados por el responsable de su alojamiento inicial[369].

Nos explicaremos mejor con un ejemplo. Pongamos por caso que un determinado contenido es subido a la página X. Supongamos que, como ocurre frecuentemente, dicha página X, su contenido y localización es detectada por Google y, en consecuencia, incorporada a una base de datos propiedad del popular buscador, a fin de ser ofrecida entre los resultados que se muestren cuando un usuario de Google realice una búsqueda de algún contenido que pueda estar relacionado con el disponible en la página X.

Imaginemos ahora que, por tratarse de un contenido infractor de derechos de propiedad intelectual, el titular ha puesto en marcha el procedimiento de *notice and notice* previsto en la *Bill C-32* y, como consecuencia del mismo, el responsable de la página X ha procedido a retirarlo en plazo y forma. Pues bien, es perfectamente posible y, en la práctica, completamente habitual, que durante un tiempo y mientras no actualiza su base de datos, Google siga indicando en su lista de resultados la existencia del contenido infractor en la página X de nuestro ejemplo, *con posterioridad a que este haya sido ya efectivamente retirado*. Para este tipo de casos, la *Bill C-32* establece que, de recibir aviso por parte del titular de derechos requiriéndole a

368 G. R. HAGEN, «"Modernizing" ISP Copyright Liability», *op. cit.*, págs. 380 y 381.

369 Véase la propuesta de Sección 41.27.(3).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

corregir la información que muestra a través de su servicio de búsqueda en relación al contenido existente en la página X, Google deberá proceder a ello en un plazo máximo de 30 días. Si no lo hiciese, perdería la inmunidad prevista en la *Bill C-32* y quedaría expuesto a una potencial acción de responsabilidad por los daños y perjuicios que su inacción hubiera podido causar al derechohabiente.

En la medida en que el proveedor de servicios de búsqueda y localización está obligado a eliminar o retirar el contenido a instancias del aviso que a él dirige el titular afectado, algunos autores han manifestado que la *Bill C-32* crea un supuesto de *notice and takedown* específicamente diseñado para este tipo de ISPs, dentro de un sistema de *notice and notice* aplicable a un espectro mucho más amplio de sujetos[370]. Siendo posible argumentar que, en este caso concreto, el legislador establece en cierto modo una distinción injustificada entre proveedores de servicios de alojamiento —sujetos al sistema de aviso y aviso—, y proveedores de servicios de búsqueda y localización —sujetos al sistema de aviso y retirada—, cuando, en el fondo, ambos operan y ofrecen sus servicios con un alto nivel de automatización y desde una posición de neutralidad en lo que al contenido específico de las páginas que alojan o identifican se refiere[371]; también lo es que, puesto que ya desde la *Bill C-60* el legislador canadiense ha venido apostando por establecer un régimen especial para los proveedores de servicios de búsqueda y localización de contenidos en Internet o en cualquier otra red de telecomunicaciones, permitiéndoles solo disfrutar de una inmunidad parcial respecto al resto de ISPs —en el sentido, por ejemplo, de que se excluye su responsabilidad por daños pero, tanto la *Bill C-60*, como la *Bill C-61* y la *Bill C-32*[372], permitían que pudieran ser objeto de requerimientos judiciales compeliéndoles a la toma de determinado tipo de medidas respecto a los resultados que sus servicios de búsqueda y localización de contenidos ofreciesen—, la opción de optar por un procedimiento de *notice and takedown* para

370 G. R. HAGEN, «"Modernizing" ISP Copyright Liability», *op. cit.*, págs. 392 y 393.

371 *Ibidem*, pág. 393.

372 Véanse, respectivamente, la Sección 40.3.(1) que se proponía en la *Bill C-60* y la Sección 41.27.(1), tanto en la *Bill C-61* como en la *Bill C-32*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

este supuesto concreto no resulta, a mi entender, ni tan extraño ni significativamente tan desproporcionado.

Con todo y tras una segunda lectura en la Cámara de los Comunes, la *Bill C-32* sufriría parecido destino al de sus predecesoras la *Bill C-61* y la *Bill C-32*. Así, en marzo de 2011, el gobierno del primer ministro Stephen Harper caía después de que el Parlamento canadiense aprobara una moción de censura en su contra y se convocasen nuevas elecciones, decayendo de este modo la propuesta de reforma contenida en la *Bill C-32*, junto con el resto de las proposiciones y enmiendas en aquel momento pendientes de aprobación.

3.3.3.1.3. La Copyright Modernization Act de 2012.

La odisea parlamentaria de aprobación del sistema canadiense de *notice and notice* concluiría quince meses después del cese de gobierno de Harper. El ejecutivo entrante retomaría el texto de la *Bill C-32* y, rebautizándola como *Bill C-11* o *Copyright Modernization Act*[373], lo presentaría de nuevo al parlamento el 29 de septiembre de 2011. La reforma sobreviviría las preceptivas lecturas en senado y parlamento, siendo finalmente sancionada el 29 de junio de 2012 y entrando en vigor a finales de ese mismo año.

El procedimiento de *notice and notice* que se aprueba en la *Copyright Modernization Act* es idéntico al diseñado en la *Bill C-32* la cual, a su vez, es heredera de las negociaciones y discusiones parlamentarias que dieron origen a la *Bill C-60*, a la *Bill-C-61* y a la *Bill-C-32*. La *Copyright Modernization Act* de 2012 recoge los rasgos y características ya vistos en nuestra explicación de los anteriores intentos normativos para implementar un sistema de *notice and notice* en Canadá. La ley habilita a los titulares de derechos de autor y afines a remitir avisos de infracción a aquellos ISPs que proporcionen algún tipo de servicio de la Sociedad de la Información o den soporte a los responsables de dichos abusos[374]. A su recepción, el intermediario debe dar traslado electrónico del mismo a aquel de sus usuarios que

---

373 *Bill C-11. First Session, Forty-first Parliament, 60-61 Elizabeth II, 2011-2012. Statutes of Canada 2012. Chapter 20.*

374 Sección 41.25 (1).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fuese responsable de los actos infractores alegados y, además, retener los datos que permitiesen la correcta identificación de dicho usuario durante un período mínimo de seis meses y máximo de un año[375], a los efectos de, llegado el caso, poder ser revelados en el marco de un potencial procedimiento judicial contra él. La ley permite que el ISP pueda requerir el abono de una cuota por esta gestión, cuyo importe máximo será fijado por el Ministerio correspondiente[376], al tiempo que establece que la compensación económica que podrá percibir el titular de derechos en caso de que el ISP no cumpla con las obligaciones a las que hemos hecho referencia, podrá ir desde los 5.000 a los 10.000 dólares canadienses[377].

El régimen de responsabilidad de la *Copyright Modernization Act* también incluye la excepción propuesta en la *Bill C-32*, la cual excluye del mismo a todos aquellos prestadores o intermediarios que proporcionen, a través de Internet u otras redes digitales, un servicio que se sepa o que deba haberse sabido que fue diseñado para permitir la infracción de derechos de autor y afines, cuando estos actos ilícitos se produzcan como resultado del uso de dicho servicio en Internet o en otras redes digitales[378], indicando una serie de factores que podrán ser tenidos en cuenta para decidir si un servicio concreto ha sido o no diseñado para permitir la infracción de derechos[379]. También recoge la

---

375 Sección 41.26 (1)(a) y (b).

376 Sección 41.26 (2). En ausencia de esta regulación, no podrá solicitarse ningún tipo de cuota.

377 Sección 41.26 (3)

378 Así según el literal de la Sección 27.(2.3), "*It is an infringement of copyright for a person, by means of the Internet or another digital network, to provide a service primarily for the purpose of enabling acts of copyright infringement if an actual infringement of copyright occurs by means of the Internet or another digital network as a result of the use of that service.*"

379 Véase Sección 27.(2.4): "*In determining whether a person has infringed copyright under subsection (2.3), the court may consider (a) whether the person expressly or implicitly marketed or promoted the service as one that could be used to enable acts of copyright infringement; (b) whether the person had knowledge that the service was used to enable a significant number of acts of copyright infringement; (c) whether the service has significant uses other than to enable acts of copyright infringement; (d) the person's ability, as part of providing the service, to limit acts of copyright infringement, and any action taken by the person to do so; (e) any benefits the person received as a result of enabling the acts of copyright infringement; and (f) the economic viability of the provision of the service if it were not used to enable acts of copyright infringement.*"

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Copyright Modernization Act el tratamiento diferenciado para los proveedores de servicios de búsqueda y localización de contenidos de las *Bills* anteriores, estableciendo un plazo de 30 días para la retirada de contenidos infractores residuales que puedan mostrarse a través de sus servicios, una vez eliminados de su localización inicial; limitando su inmunidad y permitiendo que puedan ser objeto de requerimientos judiciales en caso de incumplimiento[380].

La puesta en funcionamiento del sistema de aviso y aviso diseñado en la *Copyright Modernization Act* se retrasaría hasta enero de 2015, debido a la realización de varias consultas por parte del ejecutivo canadiense sobre el desarrollo de posibles regulaciones que lo acompañasen y que, finalmente, no llegaron a ser consideradas necesarias[381].

Con el envío de los primeros avisos llegaron también los primeros problemas, entre ellos la tendencia de un buen número de titulares o de sus representantes de incluir en el aviso una propuesta de acuerdo transaccional para la resolución del incidente, generalmente requiriendo al cliente del ISP el abono de un determinado importe en concepto de compensación, o solicitando información personal del supuesto infractor[382]. Por ello, el 13 de diciembre de 2018, el parlamento canadiense acordó[383] modificar nuevamente su ley de propiedad intelectual explicitando que aquellos avisos que incluyeran ese tipo de peticiones no cumplirían los requisitos formales que se habían establecido en la *Copyright Modernization Act*[384], por lo que

---

380 Véase Sección 41.27 (3), (4) y (4.1).

381 B. SOOKMAN, *Notice and notice regime under C-11 coming into force*. June 17, 2014. *<http://www.barrysookman.com/2014/06/17/notice-and-notice-regime-under-c-11-coming-into-force/>*

382 En este sentido, véase la carta de denuncia que, en nombre de diversas organizaciones, envió el *Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, University of Ottawa* (CIPPIC) al Ministro de Industria el 23 de abril de 2015 para la toma urgente de medidas al respecto. Disponible en *<https://cippic.ca/uploads/LT_Moore-FixingNoticeNotice.pdf>*

383 *Bill C-86, the Budget Implementation Act, 2018, No. 2. First Session, Forty-second Parliament, 64-65-66-67 Elizabeth II, 2015-2016-2017-2018. Statutes of Canada 2018, Chapter 27.*

384 *Ibidem*, Section 243, Subdivision C, Division 7, Part 4: "*A notice of claimed infringement shall not contain (a) an offer to settle the claimed infringement; (b) a request or demand, made in relation to the claimed infringement, for payment or for personal*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

los ISPs que las recibiesen no se encontraban obligados a darles el traslado ni corrían el riesgo de ser sancionados por ello[385].

El sistema canadiense no impone ningún tipo de obligación al usuario ni mucho menos establece que deba responder al titular de derechos que haya presentado reclamación en su contra ante su ISP. Para la identificación del usuario los titulares solo tienen la vía de obtener una orden judicial que ordene al ISP revelar la identidad del titular asociado a la dirección IP desde la que presuntamente la infracción tuvo lugar[386]. El procedimiento, tal y como ha tenido oportunidad de explicar el Tribunal Supremo de Canadá, no ha variado por la entrada en vigor del sistema de *notice and notice*, estando legitimados además los ISPs a solicitar el reembolso por parte de los titulares de los gastos que razonablemente se deriven de dicho trabajo de identificación[387].

Canadá no ha publicado ni valorado oficialmente el resultado de la aplicación normativa de su sistema de aviso y aviso pero lo ha defendido con gran energía, insistiendo en su mantenimiento durante las negociaciones de importantes acuerdos multilaterales en el ámbito comercial como el *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* en el año 2016 y el *Canada-United States-Mexico Agreement* en 2018[388].

---

information; (c) a reference, including by way of hyperlink, to such an offer, request or demand; and (d) any other information that may be prescribed by regulation."

385 Nótese que, como indica GEIST, tampoco establece la ley sanción alguna para el ISP que haga lo contrario, es decir, que dé traslado a un aviso formalmente incorrecto. *Vid.* M. GEIST, *No More Settlement Demands: New Rules for Canadian Copyright Notice-and-Notice System Receive Royal Assent.* December 17, 2018. Disponible en *<http://www.michaelgeist.ca/2018/12/no-more-settlement-demands-new-rules-for-copyright-notice-and-notice-system-receives-royal-assent/>*

386 El procedimiento emana del derecho común inglés y, específicamente, de la decisión de la House of Lords en *Norwich Pharmacal Co* v *Customs and Excise Commissioners* [1973] UKHL 6 (26 June 1973), en virtud de la cual se establecía que "*a person who gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers.*", la cual fue aceptada como precedente e incorporada al derecho canadiense en 1998 a través de *Glaxo Wellcome plc* v. *Minister of National Revenue* (1998), 81 C.P.R. (3d) 372 (F.C.A.).

387 Véase *Rogers Communications Inc.* v. *Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38.

388 M. GEIST, *No More Settlement Demands… op. cit.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.3.3.2. Desindexación en buscadores de Internet de páginas vinculadas a la infracción de derechos a través de redes P2P.

El desarrollo de los sistemas de respuesta gradual ha sido el principal, pero no el único instrumento ideado para hacer frente al intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P. Otras muchas opciones han venido siendo probadas en paralelo, algunas de ellas con cierto éxito, pero sin llegar ninguna a constituirse en la bala de plata definitiva que pueda erradicar el problema objeto de nuestro estudio. En los próximos epígrafes detallaremos brevemente aquellas propuestas más relevantes, muchas de las cuales son también de aplicación en áreas jurídicas alejadas del derecho de autor, comenzando por el "desindexado" de los buscadores de Internet de aquellas páginas vinculadas a la infracción de derechos de autor y derechos afines mediante la tecnología P2P.

Los proveedores de servicios de búsqueda como Google, Bing, Yandex o Baidu han pasado paulatinamente de ser meras herramientas para buscar páginas y contenidos de interés disponibles en Internet, a constituir una de las vías más comunes que los usuarios tienen de acceder a dichos recursos. Esto se debe a varias razones, entre ellas, la perdida de supremacía de los nombres de dominio como localizadores principales de los sitios donde se halla el contenido pretendido —nombres de dominio cuya cadena alfanumérica y extensión es preciso conocer previamente—; el aumento del uso y acceso a contenidos mediante dispositivos móviles —que minimizan u ocultan la barra de direcciones de los sitios web que se visitan para permitir que el usuario disfrute de una mayor superficie de pantalla— y la inclusión por defecto en prácticamente todos los navegadores de alguno de los motores de búsqueda más populares, de modo que la introducción en la barra de direcciones de un término concreto no seguido de una extensión de dominio —como sería ".com", ".es" o ".org"— activa una búsqueda del mismo a través del correspondiente buscador web.

Pese a que los buscadores argumentan que el volumen de tráfico que generan hacía los sitios que ponen contenidos protegidos a disposición de los usuarios no tiene gran relevancia comparado con el que generan, por ejemplo, otros medios como las redes sociales; que ellos no tienen control ni pueden erradicar este tipo de sitios de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Internet y que el número de búsquedas de contenidos incluyendo términos específicos relacionados con el acceso ilícito, como "download" o "torrent" se ve claramente superado en número por búsquedas genéricas no incluyendo ese tipo de términos[389]; lo cierto es que la percepción generalizada entre titulares de derechos y el público general, es que los buscadores juegan un papel cada vez más relevante a la hora de facilitar a los usuarios el localizar contenidos protegidos por el derecho de autor o sitios que ofrezcan acceso a los mismos.

En la medida en que, tal y como algunos estudios indican, los resultados de las búsquedas afectan al comportamiento de los consumidores de contenidos digitales pudiendo tener un impacto significativo en dicho comportamiento, una reducción en la preeminencia y número de los resultados que ofrecen de manera ilícita las obras o prestaciones buscadas[390], la posibilidad de retirar o "desindexar" de las listas de resultados aquellos de naturaleza infractora que pudieran aparecer resulta de gran interés para los titulares de derechos.

Desde 2010, Google ha venido recopilando y publicando información sobre las peticiones de desindexado que recibe[391] y tanto el volumen total como la progresión constante en el aumento de solicitudes de retirada de resultados de su buscador que cada año la empresa norteamericana recibe son ciertamente considerables. El quinquenio correspondiente a los años 2012-2016, por ejemplo, se inició con aproximadamente 50 millones de resultados retirados en 2012[392] para alcanzar los 200 millones en 2013[393], superar

---

389 Véase GOOGLE, *How Google Fights Piracy*. September 2013. Pág. 19. <*https://docs.google.com/a/google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2dVFqYml5UENUeUE/edit*>

390 Véase, por ejemplo, L. SIVAN; M. D. SMITH AND R. TELANG, *Do Search Engines Influence Media Piracy? Evidence from a Randomized Field Study*. School of Information Systems and Management. Heinz College, Carnegie Mellon University. September 2014. Disponible en <*http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2495591*>

391 Véase <*https://transparencyreport.google.com/copyright/overview*>

392 TORRENTFREAK, *Google Removed 50 Million "Pirate" Search Results This Year*. December 28, 2012. <*https://torrentfreak.com/google-removed-50-million-pirate-search-results-this-year-121228*>

393 TORRENTFREAK, *Google Deleted 200 Million "Pirate" Search Results in 2013*. November 12, 2013. <*https://torrentfreak.com/google-deleted-200-million-pirate-search-results-in-2013-131112*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

posteriormente los 300 millones de peticiones en el ejercicio correspondiente a 2014[394], sobrepasar los 550 millones en 2015[395] y, finalmente, llegar a los 900 millones de resultados eliminados en 2016[396]. Por lo que respecta al número total de solicitudes de retirada de resultados de búsqueda potencialmente infractores de derechos de autor y afines, en junio de 2019, Google lo cifraba en unos 4.129 millones, distribuidos en casi dos millones y medio de dominios de nivel superior, a los que pertenecían las URLs cuya retirada se había instado[397].

Si bien Google ha venido sistemáticamente denunciando la recepción de un número importante de denuncias incorrectas o inválidas[398], en buena medida consecuencia de la automatización y externalización de las labores de detección y denuncia de este tipo de infracciones en el ámbito online[399], el porcentaje de retirada, es decir, de reclamación exitosa presentada por titulares de derechos es elevado: por ejemplo, en 2015, de esos más de 550 millones de resultados reportados, Google retiró el 98% de los mismos[400], y, de los más de 800 millones reportados en 2017, más de un 95% de ellos fueron eliminados por Google[401].

---

394 TORRENTFREAK, *Google Asked to Remove 345 Million "Pirate" Links in 2014*. January 5, 2015. *<https://torrentfreak.com/google-asked-remove-345-million-pirate-links-2014-150105>*

395 TORRENTFREAK, *Google Asked to Remove 558 Million "Pirate" Links in 2015*. December 30, 2015. *<https://torrentfreak.com/google-asked-remove-558-million-pirate-links-2015>*

396 TORRENTFREAK, *Google Removed Over 900 Million 'Pirate' Links in 2016*. December 30, 2016. *<https://torrentfreak.com/google-removed-over-900-million-pirate-links-in-2016-161230>*

397 Dato tomado de *<https://transparencyreport.google.com/copyright/overview>* el 17/06/2019.

398 Así, entre otros, GOOGLE, *How Google Fights Piracy*. November 2018. Pág. 45. *<https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf>*

399 Ténganse en cuenta nuestros comentarios sobre los aspectos negativos de los sistemas de respuesta gradual en el apartado 3.2.3.2 anterior y véase TORRENTFREAK, *Anti-Piracy Outfits Boost Numbers With Bogus Takedown Notices*. June 28, 2015. *<https://torrentfreak.com/anti-piracy-outfits-boost-numbers-with-bogus-takedown-notices-150628/>*

400 GOOGLE, *How Google Fights Piracy*. July 2016. Pág 38. Disponible *online* en: *<https://drive.google.com/open?id=0BwxyRPFduTN2TmpGajJ6TnRLaDA>*

401 GOOGLE, *How Google Fights Piracy*. November 2018. *Op. cit.*, pág. 38.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Una de las razones que explican el abultado número de peticiones de desindexado que recibe Google año tras año está en que las búsquedas de contenidos concretos —por ejemplo, "logotipo OMPI"—, generan listas de resultados que se componen de las URLs de páginas específicas en las que dicho contenido está disponible —así: *<wipo.int/wipo_magazine/es/2010/02/article_0003.html>* o *<wipo.int/pressroom/es/articles/2010/article_0011.html>*, siguiendo con nuestro ejemplo—, y las peticiones de desindexado, por lo tanto, se hacen respecto de esos resultados, de esas páginas específicas y no del sitio principal del que forman parte —en nuestro ejemplo, *<www.wipo.int>*—. En la práctica esto se traduce en que los buscadores como Google sólo actúan contra la página específica dentro de un sitio web en la cual tiene lugar la infracción de derechos de propiedad intelectual y no contra el sitio en su conjunto.

Además de comprensible desde el punto de vista técnico, la medida parece justa para la generalidad de los sitios web que podrían aparecer en los resultados de Google, pero despierta serias dudas en el caso de sitios cuyas páginas y naturaleza fuesen claramente de naturaleza infractora —pensemos, por ejemplo, en The Pirate Bay, sobre cuyo sitio *<http://www.thepiratebay.se>* Google ha recibido casi 5 millones de peticiones de desindexado de URLs[402]—.

Con supuestos concretos como éste en mente y en buena medida azuzado por la presión de las diversas asociaciones norteamericanas de titulares de derechos, Google comenzó a implementar medidas complementarias al desindexado. La primera de ellas, allá por el año 2012, estaba orientada a evitar que los sitios cuyas páginas recibiesen un número relevante de solicitudes de eliminación por infracción de derechos de autor se viesen favorecidos por el sistema de clasificación del buscador —el cual "premia" y asciende a las primeras posiciones de las listas de resultados a aquellos sitios que reciben un número mayor de visitas—[403]. De este modo, en un primer momento, Google

---

402 Datos tomados de *<https://transparencyreport.google.com/copyright/overview>* a 17/06/2019.

403 Véase D. SULLIVAN, *The Pirate Update: Google Will Penalize Sites Repeatedly Accused Of Copyright Infringement*. SEARCH ENGINE LAND, August 10, 2012. *<https://searchengineland.com/dmca-requests-now-used-in-googles-ranking-algorithm-130118>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

simplemente modificó sus algoritmos de calificación para que los sitios web de este tipo no fuesen beneficiados. La segunda y más relevante, se puso en marcha en 2014 y consistía en penalizar directamente, degradando a posiciones inferiores en las listas de resultados, a aquellos sitios cuyas páginas hubiesen sido objeto de múltiples reclamaciones por infracción de derechos de propiedad intelectual[404]. Como referencia, Google hizo público que la media de sitios web que se veían afectados por este segundo tipo de actuaciones, a finales de 2017, era de 500 semanales, habiéndose tomado medidas de "degradación" contra un total acumulado de 65.000 sitios, a noviembre de 2018[405].

La combinación de acciones de retirada de páginas infractoras y de degradación de sitios web reincidentes resume no sólo la política de Google sino que, en la medida en que este es el buscador más importante a nivel global, nos sirve para ilustrar también las posibilidades que actualmente cabe esperar de las medidas de desindexado en el marco general de los proveedores de servicios de búsqueda en Internet.

3.3.3.3. El "estrangulamiento" económico de los sitios web infractores de derechos de propiedad intelectual.

Otra de las posibilidades que muy tempranamente se apuntaron como alternativa para intentar poner freno al funcionamiento y a la propagación de sitios web destinados a promover y facilitar la infracción de derechos de propiedad intelectual fue la búsqueda de fórmulas dirigidas a constreñir el flujo económico que los responsables de sitios de esta naturaleza precisan mantener a toda costa para que los mismos sean rentables, es decir, la búsqueda de su asfixia financiera.

Esta estrategia se conoce como *follow the money approach*[406] y consiste en seguir la "pista del dinero" para averiguar cómo se obtienen y de dónde provienen los beneficios que los infractores

404 GOOGLE, *How Google Fights Piracy*. November 2018. *Op. cit.*, pág. 39.

405 *Ibidem*.

406 *Vid.* INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, *op. cit.*, págs. 67 a 70.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

reciben y, en base a ello, tomar medidas conducentes a cortar dichas vías de financiación. En 2015, con motivo del anuncio de una nueva estrategia para impulsar un mercado único digital europeo y la presentación de la hoja de ruta que permitiría su realización, la Comisión Europea anunció que las necesarias reformas legislativas que se pondrían en marcha para modernizar el marco normativo que garantiza la observancia y protección de los derechos de propiedad intelectual, así como su aplicación transfronteriza, estarían centradas en combatir la infracción a escala comercial siguiendo precisamente el enfoque *follow the money*[407].

Dos son las vías tradicionales de explotación a través de las cuales los operadores de este tipo de páginas ilícitas intentan obtener un lucro de las mismas: por un lado, tenemos el alquiler de espacios publicitarios, anunciando productos o servicios de terceros, en sus distintas modalidades; y, por otro, la venta entre sus usuarios de suscripciones, membresías o planes VIP que permiten el disfrute y acceso a contenidos protegidos sin las limitaciones de los visitantes ordinarios. En paralelo a las acciones directas que individualmente los titulares de derechos ponen en marcha contra los sitios infractores, muchas de las diversas asociaciones que los agrupan han concentrado sus esfuerzos en impedir o, si se quiere, estrangular el caudal pecuniario que por ambos canales permite la subsistencia de dichas páginas.

3.3.3.3.1. Acciones orientadas a limitar los ingresos provenientes de la publicidad.

Cualquier internauta sabe que son excepcionales los sitios relacionados con la descarga de archivos a través de redes P2P —*trackers* o páginas que indexan enlaces principalmente—, que no incluyen anuncios, habiendo algún estudio cifrado en un 86% el porcentaje de sitios que efectivamente cuentan con algún tipo de

407 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.* COM(2015) 192 final. Bruselas, 6.5.2015. Punto 2.4, *in fine*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

publicidad[408]. En tanto en cuanto más libre y público el acceso que una página de esta naturaleza ofrece —pensemos, por ejemplo, en un *tracker* público como The Pirate Bay, que aloja enlaces ".torrent" subidos por sus usuarios y que no tiene recursos extras que ofrecer vía suscripción—, tanto mayor será también su dependencia de esta vía de ingresos.

En cuanto al caudal pecuniario que potencialmente podría generarse, según informes de la ONG norteamericana *Digital Citizens Alliance* publicados en 2014 y 2015, aquellos sitios relacionados con el intercambio de archivos vía BitTorrent u otra tecnología P2P con un número de visitas anual inferior al millón de usuarios podrían estar obteniendo un beneficio anual de unos 2 millones de dólares, cifra que se dispararía por encima de los 10 millones hasta alcanzar los 20 en algunos casos, cuando el número anual de visitantes superase el umbral de los 5 millones[409].

La constatación de esta dependencia de los anuncios podría llevarnos a pensar que, en un sector tan altamente autorregulado como el de la publicidad *online*, donde anunciantes, medios, agencias y asociaciones vinculadas a esta industria se dotan de normas deontológicas y códigos de buenas prácticas para garantizar la legalidad de las campañas en las que participan y proteger así los intereses tanto de las marcas, como de las empresas y de los consumidores, no debería resultar muy complicado el poner fin al suministro de publicidad que garantiza la financiación de este tipo de páginas. Sin embargo, la realidad es otra.

El mismo estudio de *BAE Systems Detica* del año 2012 al que hemos hecho referencia antes, por ejemplo, apunta a que un 84% de los anuncios que se muestran en páginas vinculadas con la infracción de derechos de propiedad intelectual no proceden de agencias o empresas de marketing afiliadas a asociaciones relevantes dentro de la

---

408 BAE SYSTEMS DETICA, *The six business models for copyright infringement – A data driven study of websites considered to be infringing copyright*. 27th June 2012. Pág. 11.

409 Véase DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Good Money Gone Bad. Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business - A Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft*. February 2014. Pág. 8; y DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Good Money Still Going Bad: Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business - A Follow-Up to the 2014 Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft*. May 2015. Págs. 3 y 4.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

industria publicitaria como la *Digital Advertising Alliance*[410], que promueven programas como *AdChoices* a lo largo y ancho de Estados Unidos, Canadá y Europa, precisamente para evitar la inserción de publicidad legítima de empresas renombradas en páginas de este tipo[411]. Ello pone de manifiesto que un número muy importante tanto de anunciantes como de agencias que proporcionan campañas y, en suma, financiación a los sitios "pirata", han optado por no verse sujetos a las normas y códigos de conducta que regulan a los operadores publicitarios más reputados. Se encuentran muchos de ellos y, por extensión, también sus campañas, voluntariamente fuera del alcance de los organismos nacionales de autorregulación y de las principales asociaciones que representan a la industria publicitaria como podría ser, por ejemplo, el caso de Autocontrol[412] en España.

Las agencias y redes de afiliación que surten de anuncios a páginas y sitios infractores de derechos de autor y afines están, en suma, al margen de las prácticas ordinarias de su sector. Y ello es debido a que se dedican en muchos casos a gestionar campañas provenientes de anunciantes de sectores muy lucrativos, como por ejemplo el juego *online*, pero muy alejadas de cumplir los requisitos mínimos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad para con los consumidores que las organizaciones y asociaciones profesionales de la industria publicitaría exigen.

Así, un estudio comisionado en 2016 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea al Observatorio Europeo de Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual estableció que un 51% de los anuncios que se encuentran disponibles en páginas sospechosas de infringir derechos de autor están relacionados con la descarga de *malware* —es decir, la instalación de programas informáticos cuya característica principal es que se ejecutan sin el conocimiento ni autorización del propietario del equipo afectado y que realizan funciones en el sistema operativo que son perjudiciales

410 *<http://www.digitaladvertisingalliance.org>*

411 BAE SYSTEMS DETICA, *The six business models for copyright infringement, op. cit.*, pág. 11.

412 *<https://www.autocontrol.es>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para el usuario o para dicho sistema[413]—, o el redireccionamiento a terceras páginas maliciosas desde donde ello tiene lugar[414]. En este caso concreto, la página muestra "anuncios" —en muchos casos meros botones animados con textos como "descarga" o "play" —, animando de manera explícita al visitante a hacer click en ellos o dando a entender subrepticiamente que con dicha acción puede acceder a un determinado contenido protegido, producto o servicio, cuando en realidad ello no sucede, activándose una serie de ventanas que tienen por finalidad el iniciar la descarga de algún tipo de archivo o redirigir al usuario a un tercer sitio. La página que muestra estos "anuncios" puede cobrar por cada *click*, por cada descarga o por cada instalación del *software* que tiene lugar en los equipos de sus visitantes.

Resulta complicado no creer que buena parte de los anuncios que se muestran en sitios relacionados con la infracción de derechos de propiedad intelectual sean igualmente cuestionables y, en muchos casos, de naturaleza posiblemente ilegal, lo cual acaba de complicar aún más la posibilidad de intentar estrangular el flujo monetario que, proveniente de anuncios y publicidad, permite ya no la mera subsistencia, sino la obtención de lucro por parte de los operadores de las conocidas como páginas "piratas".

Pese a las dificultades expuestas, diversas actuaciones han sido promovidas para reducir la exposición de campañas en sitios orientados a la infracción de derechos de propiedad intelectual. Entre las primeras podemos citar el código de buenas prácticas promovido en 2012 por la *Association of National Advertisers* y la *American*

---

413 Véase OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA, *Malware. Cuál es su objetivo y cómo nos infecta*. 11/10/2016. Disponible a través de la URL: *<https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2016/10/11/malware-cual-es-su-objetivo-y-como-nos-infecta>*

414 OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET, *Digital Advertising on Suspected Infringing Websites*. January 2016. Págs. 23 y 24. Sobre los tipos y características del *malware* que en dichas páginas puede encontrarse, véanse las págs. 52 a 57 del muy recomendable trabajo EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Identification and Analysis of Malware on Selected Suspected Copyright-Infringing Websites*. September 2018.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Association of Advertising Agencies[415] que serviría de base para otro similar pero más ambicioso, impulsado por la administración Obama en el año 2013 y suscrito por importantes responsables de redes de publicidad *online* como AOL, Condé Nast, Google, Microsoft y Yahoo![416], y cuya denominación era *2013 IP Practices*. Conforme al mismo, las empresas signatarias se comprometían a desarrollar y mantener políticas destinadas a evitar que formen parte de sus redes de publicidad, entre otras, páginas vinculadas con la infracción de derechos de autor, aceptando, tramitando e investigando debidamente todas las reclamaciones que sobre ellas recibiesen de los titulares afectados e identificando a los responsables de las mismas[417].

Dentro del ámbito de la Unión Europea es igualmente relevante el acuerdo voluntario que se ha venido gestando desde primeros de 2016 por la Comisión Europea en estrecha colaboración con empresas, asociaciones e intermediarios involucradas en operaciones de compra y venta de espacios publicitarios, con el objetivo de limitar la presencia de publicidad en sitios web dedicados a la infracción del derecho de autor[418].

El proceso se puso en marcha en octubre de 2016 con un acuerdo entre las partes interesadas[419] en el que se establecían una serie de principios básicos para ayudar a restringir los beneficios que los sitios infractores de derechos de propiedad intelectual podrían estar recibiendo de la publicidad *online*, siendo el principal de ellos la

---

415 INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, *op. cit.*, pág. 69.

416 Véase V. ESPINEL, *Coming Together to Combat Online Piracy and Counterfeiting*. The White House. Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator. July 15, 2013. *<https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2013/07/15/coming-together-combat-online-piracy-and-counterfeiting>*

417 *Best Practices Guidelines for Ad Networks to Address Piracy and Counterfeiting. <http://www.2013ippractices.com>*

418 Véase EUROPEAN COMISSION, INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *Memorandum of Understanding on online advertising and IPR*. Disponible *online* a través de *<https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/enforcement/memorandum-of-understanding-online-advertising-ipr_en>*

419 Véase EUROPEAN COMISSION, INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *Commission one step closer to restricting revenues of websites that breach intellectual property rights*. Published on: 25/10/2016. Disponible en: *<https://ec.europa.eu/growth/content/commission-one-step-closer-restricting-revenues-websites-breach-intellectual-property-1_en>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

implementación de dispositivos o procedimientos de garantía como herramientas de verificación de contenido y sistemas de denuncia y publicación segura para evitar que sus servicios, espacios publicitarios o anuncios no acabasen asociados con sitios dedicados a la infracción a escala comercial de derechos de propiedad intelectual[420]. El impacto que ha tenido este pacto inicial sobre dichos principios de actuación ha sido cifrado, al menos por lo que respecta a los proveedores de servicios de publicidad más relevantes, en una reducción de en torno al 17% de la presencia de sus anuncios o espacios en páginas infractoras de derechos[421], lo cual es ciertamente positivo.

A este primer paso seguiría la firma en junio de 2018 de un memorando de entendimiento por parte de un total de 28 empresas, asociaciones e intermediarios involucradas en operaciones de compra y venta de espacios publicitarios en Internet.[422] De conformidad con el memorando, los participantes se comprometen a minimizar la publicación de anuncios en sitios web y aplicaciones móviles que infrinjan el derecho de propiedad intelectual o contribuyan a la difusión de productos falsificados. El memorando entró en vigor el 25 de julio de 2018, estando sujeto a un período de valoración de un año, durante el cual los firmantes mantendrán reuniones trimestrales para analizar la implementación, el funcionamiento y el progreso en lo acordado. La valoración del mismo por las partes fue considerada positiva al término de dicho plazo, concluyéndose que el acuerdo había contribuido a minimizar el emplazamiento de anuncios en páginas web y aplicaciones móviles infractoras de derechos de propiedad intelectual, por lo cual se decidió mantenerlo en vigor de

---

420 EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *The Follow Money Approach to IPR Enforcement – Stakeholders' Voluntary Agreement on Online Advertising and IPR. Guiding Principles*. 21 de octubre de 2016. Punto 4.

421 Véase M. BATIKAS, J. CLAUSSEN AND C. PEUKERT. *Follow The Money: Online Piracy and Self-Regulation in the Advertising Industry*. CESifo Working Paper, No. 6852. Munich, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), 2018. *<http://hdl.handle.net/10419/174975>*

422 *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*. Signed in Brussels, on 25 June 2018. Disponible en: *<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/30226>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

manera indefinida[423], sujeto a revisiones bianuales. La primera de ellas tuvo lugar en 2020 y no ofreció resultados espectaculares, si bien cifraba en un 12% el porcentaje de reducción media de la presencia de anuncios disponibles en páginas infractoras de derechos de terceros[424].

Avanzando un poco más en materia, resulta de interés comentar la puesta en marcha de la operación *Creative* por parte de la Policía de la ciudad de Londres en el año 2014. En el marco de este operativo —cuyo objetivo final es neutralizar las páginas que facilitan el acceso no autorizado a contenidos protegidos—, en primera instancia, los titulares de derechos identificaban y denunciaban ante la Unidad de Delitos de Propiedad Intelectual (UDPI) aquellos sitios web en los que estaba teniendo lugar una violación de sus derechos, aportando elementos probatorios suficientes para justificar su demanda. A continuación, la Unidad indicada investigaba, valoraba la prueba presentada y decidía si efectivamente los hechos alegados estaban teniendo lugar en las páginas denunciadas. En ese momento, los oficiales de la UDPI se ponían en contacto con el responsable del sitio web y le ofrecían la oportunidad de colaborar con la Policía, corregir su comportamiento y comenzar a operar dentro de la legalidad. De no tener éxito o negarse el responsable del sitio a colaborar, se iniciaría una segunda fase en la que, entre otras medidas, se procedería a la inclusión de la página en una *lista negra* de sitios infractores a la que tienen acceso anunciantes, agencias y otros intermediarios de la industria publicitaria, a los efectos de que puedan voluntariamente dejar de emplazar anuncios en dicho sitio web y, de este modo, interrumpir la obtención de ingresos a través de esta vía[425]. Tras doce meses en funcionamiento, la reducción de los ingresos provenientes de publicidad que han experimentado las páginas infractoras incluidas

---

423 EUROPEAN COMMISSION, *Advertising sector steps up efforts to fight counterfeiting and piracy.* Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. Published on 23/09/2019. *<https://ec.europa.eu/growth/content/advertising-sector-steps-efforts-fight-counterfeiting-and-piracy_en>*

424 *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report on the functioning of the Memorandum of Understanding on online advertising and intellectual property rights.* Brussels, 14.8.2020 SWD(2020) 167 final/2. Pág. 14. *<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/42702>*

425 Véase THE CITY OF LONDON POLICE, *Operation Creative and the Infringing Website List (IWL).* Last updated 25 May 2016. *<https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/pipcu/Pages/Operation-creative.aspx>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en dicha lista negra gestionada por la UDPI de la Policía de Londres ha sido del 64%[426].

Pese a lo complicado de mantener constantemente actualizado un listado de estas características, amén de la necesidad de llevar a cabo revisiones regulares para evitar el uso de maniobras evasivas por parte de las páginas en ellas incluidas, listas negras similares a la británica han sido ya implementadas, de una u otra manera, en Suecia, Dinamarca, Francia, República de Corea, Indonesia, Hong Kong, Malasia, Taiwán y Vietnam, mientras que países como la India se encuentran seriamente valorando también hacerlo[427].

En el plano multilateral y tras dos años de trabajo y reuniones, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha puesto en marcha en verano de 2019 un proyecto para ayudar a los Estados miembros en la coordinación de medidas voluntarias de este tipo, denominado *The Building Respect for Intellectual Property Database Project*[428](o "base de datos BRIP"). El objetivo de dicha base de datos, en línea con la ya comentada estrategia de seguir el rastro del dinero, no es otro que ayudar a

> "reducir el flujo de dinero que reciben los operadores de sitios web ilegales, a fin de proteger a las marcas del desprestigio y reducir el riesgo de que los anuncios legítimos otorguen una apariencia de

---

426 THE CITY OF LONDON POLICE, *Operation Creative sees 64 per cent drop in UK advertising*. Last updated 2 March 2017. <*https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/pipcu/pipcu-news/Pages/Operation-Creative-sees-64-per-cent-drop-in-UK-advertising-.aspx*>

427 Cfr. D. NEALE, *Infringing Website Lists (IWLs): As France Looks to Follow the Lead of Others, Smart Blocklist Technology is Needed to Defeat IWL Evasion Techniques*. WHITE BULLET. 1 Jun 2018. <*https://www.white-bullet.com/infringing-website-lists-iwls-as-france-looks-to-follow-the-lead-of-others-smart-blocklist-technology-is-needed-to-defeat-iwl-evasion-techniques*>; H. STEPHENS, *Infringing Website Lists: Another Valuable Tool in the Anti-Piracy Toolbox*. MPA BLOG. April 17, 2019. <*https://www.mpa-i.org/2019/04/infringing-website-lists-another-valuable-tool-in-the-anti-piracy-toolbox/*>; y TORRENTFREAK, *Sweden Asks Advertisers to Blacklist Streaming and Torrent Sites*. February 23, 2019. <*https://torrentfreak.com/sweden-asks-advertisers-to-blacklist-streaming-and-torrent-sites-190223/*>

428 WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, ADVISORY COMMITTEE ON ENFORCEMENT. *The Building Respect for Intellectual Property Database Project*. WIPO/ACE/14/9. Publication date: June 18, 2019. <*https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=439052*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> legalidad a los sitios web ilegales, lo que confundiría a los consumidores."[429]

El proyecto consiste en una plataforma *online* de acceso restringido en la que aquellos organismos autorizados por los miembros de la OMPI (los "contribuidores autorizados") podrán subir listados de sitios web que faciliten deliberadamente la infracción de derechos de propiedad intelectual, a fin de que los operadores de la industria publicitaria —tales como titulares de marcas, agencias de publicidad y proveedores de servicios técnicos relacionadas con estas últimas— que hayan sido previamente autorizados a ello (de ahí que sean denominados "usuarios autorizados"), puedan descargarse dichas listas y asegurarse de que sus campañas, anuncios o publicidad no aparecen en sitios y páginas de naturaleza ilícita[430].

El requisito para la inclusión de una lista nacional en base de datos BRIP es que contenga "sitios problemáticos", definiendo la OMPI uno de estos, de modo y manera como parece que hace también la ley de propiedad intelectual de Australia, como "*un sitio de Internet respecto del que un contribuidor autorizado sospecha razonablemente que infringe deliberadamente los derechos de autor y los derechos conexos, o facilita la infracción de esos derechos, ya sea en su país de establecimiento o en otro lugar.*"[431]

Dada su reciente entrada en funcionamiento habrá que esperar un tiempo antes de conocer ya no solo para el grado de aceptación que tiene la base de datos BRIP, sino también muchos aspectos relevantes relacionados con el día a día de la confección, remisión y uso de dichos listados, puesto que la responsabilidad de la validez de las listas se traslada a los organismos contribuidores y la "*supervisión de la eficacia del sistema, de haberla, seguirá efectuándose a nivel nacional. Las personas afectadas por la inclusión de un sitio web en una lista nacional tienen derecho a los mecanismos de revisión o recurso que estén disponibles a escala nacional.*"[432], lo cual requerirá de un mínimo desarrollo reglamentario a nivel nacional de cara a

---

429 *Ibidem*, pág. 1.
430 *Ibidem*, párrafo 9.
431 *Ibidem*, párrafo 10.
432 *Ibidem*, párrafo 12.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

evitar potenciales conflictos y garantizar que sólo las páginas verdaderamente infractoras de derechos sufren los efectos que esta medida pretende[433].

Por último y ya para concluir nuestra exposición de las propuestas más relevantes dentro de esta primera vía de actuación para constreñir el flujo económico que reciben los sitios dedicados a la infracción de derechos de autor y afines, no debemos dejar de comentar que al lado de proyectos como todos los anteriormente vistos, en los que los gastos de desarrollo y mantenimiento son asumidos por órganos nacionales, comunidades políticas y organismos internacionales —en la medida en que constituyen herramientas destinadas a proteger los derechos de consumidores, empresas y titulares de activos de propiedad industrial e intelectual, cuyos intereses incumbe salvaguardar desde la perspectiva del bien común o público—, existen también proyectos "privados" o de naturaleza comercial como, por ejemplo, el *Trustworthy Accountability Group* (TAG)[434].

Fundada por varias asociaciones norteamericanas de publicistas y agencias y con Amazon, Google, Facebook, Disney y Warner sentadas en su consejo de dirección[435], TAG lanzó en el año 2015 un programa de certificación denominado *Certified Against Piracy Program* que pretende identificar a aquellos operadores publicitarios comprometidos en la lucha contra la piratería digital y que han implementado determinados protocolos[436] para evitar que los anuncios y campañas que gestionan acaben financiando páginas web y

---

433 En este sentido, véanse las críticas de A. BRIDY, *Adapting Advertising Infrastructure for Content Regulation: WIPO's BRIP Database.* THE CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY BLOG. Stanford Law School. July 8, 2019. <*http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2019/07/adapting-advertising-infrastructure-content-regulation-wipo%E2%80%99s-brip-database* >

434 Otro ejemplo de iniciativa privada de este tipo lo constituye también la *Networks & Exchanges Quality Assurance Guidelines*, publicadas en 2010 en Estados Unidos por la *Interactive Advertising Bureau* (IAB). Para recibir el sello que confirmaba el cumplimiento de las directrices de la IAB los operadores publicitarios debían identificar aquellos sitios con publicidad que estuviesen ofreciendo productos cuya venta estuviese prohibida, lo que ayudaría a los anunciantes a circunscribir la publicación de sus anuncios sólo en páginas lícitas. Cfr. INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, *op. cit.*, pág. 69.

435 Cfr. <*https://www.tagtoday.net/aboutus/#leadership-council*>

436 Especificados en <*https://www.tagtoday.net/tag-anti-piracy-pledge*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aplicaciones móviles relacionadas con la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial[437].

La obtención de dicho sello facilitaría la contratación de campañas con determinadas multinacionales y marcas de reconocido prestigio que no quieren verse relacionadas con sitios y aplicaciones de esta naturaleza. Los servicios de verificación, inspección y certificación que proporciona TAG tienen un coste que va desde los 10.000 a los 75.000 dólares anuales, variando en función de la actividad del solicitante y del número de servicios que se contraten.[438] Desde 2019 los servicios de TAG se encuentran también disponibles para empresas y agencias de publicidad europeas[439].

3.3.3.3.2. Acciones coordinadas con proveedores de medios y pasarelas de pago.

Como complemento a la primera vía tradicional de financiación explicada, muchas de las páginas relacionadas con la infracción de derechos de autor ofrecen a sus visitantes la posibilidad de adquirir la calidad de miembro, suscriptor o usuario VIP para así acceder al uso pleno de sus servicios o de otros supletorios que garantizan el disfrute ininterrumpido de aquéllos.

A cambio de una cuota anual, mensual o, en algunos casos, incluso semanal o por una serie determinada de días, los interesados no se ven sujetos a las limitaciones impuestas a los usuarios ordinarios[440]. Los beneficios pueden ser de distinta naturaleza, pero generalmente consisten en permitir el acceso al catálogo completo de recursos del que dispone el sitio o en el levantamiento de las restricciones "ordinarias" de descarga de dichos recursos, tanto en el

---

437 Véase <*https://www.tagtoday.net/about-certified-against-piracy-program*>

438 <*https://www.tagtoday.net/tag-memberships*>

439 TORRENTFREAK, *Project Brand Integrity Aims to Purge Ads From Pirate Sites*. February 12, 2019. <*https://torrentfreak.com/project-brand-integrity-aims-to-purge-ads-from-pirate-sites-190212*>

440 Si bien específicamente redactado desde la perspectiva de las páginas y proveedores de servicios de alojamiento, resulta muy instructiva la lectura de DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Behind the Cyberlocker Door: A Report on How Shadowy Cyberlocker Businesses Use Credit Card Companies to Make Millions*. 2015. Igualmente revelador es EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Research on Online Business Models infringing Intellectual Property Rights. Phase 1*. July 2016.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

número de estos a los que se puede acceder simultáneamente como en los posibles tiempos de espera o velocidades de transferencia que sean de aplicación.

Dentro del ámbito del intercambio de archivos mediante la tecnología P2P, quizás sean los *trackers* privados los que hayan hecho un uso más generalizado de esta segunda vía de financiación y los que puedan servirnos como mejor ejemplo para explicar determinados aspectos de la misma[441]. A diferencia de los *trackers* públicos, los privados requieren del registro previo de sus usuarios para que estos puedan acceder a los enlaces *torrent* de los intercambios de archivos que gestionan. Dicho registro puede estar sujeto a aprobación, ser condicionado o haberse habilitado sólo mediante invitación o dentro de un plazo temporal determinado. Una vez registrado y dependiendo del *tracker* específico del que se trate, los usuarios pueden tener restringidas en mayor o menor medida sus posibilidades de publicar y acceder al contenido disponible a través del mismo, lo cual suele venir establecido en una normativa interna cuya finalidad es conceder mayores privilegios dentro de la comunidad de usuarios a aquellos que más aporten a la misma. Así, se penaliza por ejemplo a los que menos comparten, a los que popularmente se viene denominando como *leechers*, y se premia a los *seeders*, que son quienes hacen justo todo lo contrario. Entre las diversas fórmulas de "apoyo" reconocidas en muchos de ellos, no es infrecuente encontrar que como tales se aceptan la tramitación de donaciones[442] o de suscripciones VIP, las cuáles se pueden procesar por diferentes medios como pueden ser las transferencias bancarias, el pago vía PayPal o el envío de mensajes SMS a números cortos de móvil.

Veamos un caso concreto, por ejemplo, el de los *trackers* privados BitTorrent.ro y LastTorrents.org. Los tres nacionales rumanos responsables de ellos eran a su vez administradores de la página FreeStorage.ro, desde la cual se ofrecían servicios ordinarios

---

441 Recuérdense nuestras explicaciones en el epígrafe 4.1.3. del presente Capítulo sobre el funcionamiento y las características de los *trackers*.

442 Otra importante fuente de ingresos para los sitios relacionados con el intercambio de archivos vía P2P, tal y como apunta BAE SYSTEMS DETICA, *The six business models for copyright infringement*, *op. cit.*, págs. 20 y 37.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de alojamiento de datos[443]. De acuerdo con las explicaciones avanzadas en la sección 4.2.4 anterior, sabemos que es posible descargar y almacenar en la nube archivos conteniendo obras protegidas y, desde esta ubicación virtual, compartirlos con otros usuarios mediante la tecnología BitTorrent. Pues bien, los responsables de BitTorrent.ro y LastTorrents.org ofrecían la posibilidad de alojar y compartir contenidos ilícitos desde FreeStorage.ro a través de dos tipos de subscripciones: una ordinaria que, a cambio de un pago mensual de 3,75 euros más IVA, permitía la descarga de contenidos hasta los 100 GB, con la limitación de que el usuario debía también cargar o compartir archivos de un tamaño similar[444]; y otra *premium*, sin ninguna de las limitaciones de la membresía normal y cuyo precio trimestral era de 9 euros más IVA. En cuanto a la forma de pago, los planes de subscripción de FreeStorage.ro podían ser abonados mediante transferencia bancaria, vía PayPal o a través del envío de mensajes SMS. Como referencia, en el período que va desde el año 2009 al 2013, el importe total recibido a través ellos fue aproximadamente de unos 415.000 euros, el cual se desglosa de la siguiente manera: un total de 5.000 euros vía transferencias bancarias; otros 30.000 vía PayPal y unos 380.000 euros vía mensajes SMS[445].

Como resulta evidente, el papel que juegan los proveedores e intermediarios de servicios de pago en la medida en que hacen de "puentes" financieros entre quienes ofrecen acceso a obras o prestaciones protegidas en Internet con quienes están dispuestos a pagar por disfrutar de ello, despertó muy pronto la atención de los titulares de derechos de propiedad intelectual y en primer lugar de los

---

443 Seguimos la descripción y datos incluidos en M. MUSUMECI, *Money Laundering and Copyright Piracy*. UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE. EUIPO webinar. 28/03/2019.

444 Es decir, que solo se podía descargar tanto volumen de archivos o "tráfico" como se compartiese hasta esos 100 GB de tope. Esta relación se conoce como "ratio 1" de descargas y proviene del resultado de dividir la cantidad de tráfico subido de un archivo respecto al descargado, el cual, al ser ambos idénticos, dará siempre 1. Esta proporción permite clasificar y comparar el nivel de implicación de los usuarios de un *tracker* privado, penalizándose a quienes tengan ratios pobres como, por ejemplo, de un 0,5 —lo que quiere decir que se ha subido o compartido la mitad de lo descargado—.

445 M. MUSUMECI, *Money Laundering and Copyright Piracy*, *op. cit.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

norteamericanos. No siendo de aplicación a este tipo de proveedores de servicios las disposiciones específicas establecidas en la DMCA y que limitan la responsabilidad de determinados intermediarios respecto de las infracciones de derechos de propiedad intelectual que cometan los usuarios de sus servicios[446], los tribunales tuvieron también muy pronto la oportunidad de dirimir si cabía imputarles algún tipo de responsabilidad indirecta por ello.

Perfect 10 v. Visa International[447] fue el caso que abrió y también cerró hasta la fecha la cuestión en Estados Unidos. A juicio de la opinión mayoritaria del tribunal, VISA, MasterCard y los otros proveedores de servicios intermedios de pago demandados no eran responsables directos ni indirectos de las infracciones marcarias y de derechos de autor y afines que los usuarios de sus servicios, en concreto diversas páginas web en las cuales tenían principalmente lugar actos no autorizados de reproducción, comunicación pública y creación de obras derivadas, estaban llevando a cabo, en supuesta infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual de la parte demandante[448].

A los efectos que a nuestro trabajo interesan, la principal consecuencia práctica de *Perfect 10 v. Visa International* fue, como señala BRIDY, que el caso bloqueó la posibilidad de que los titulares de derechos pudieran utilizar las normas que en derecho norteamericano permiten la atribución de responsabilidad indirecta por infracciones de tercero para compeler a los proveedores de servicios de pago a tomar medidas contra páginas "pirata" que de los mismos hiciesen uso, obligándoles de este modo a tener que explorar nuevas vías en defensa de sus derechos[449].

Una de estas nuevas fórmulas fue tratar de impulsar y promover reformas legislativas que obligasen a los ISPs e intermediarios en

---

[446] En este sentido, téngase en cuenta lo ya explicado en el punto 2 del presente capítulo sobre el régimen de responsabilidad establecido en la norma norteamericana.

[447] *Perfect 10 v. Visa Int'l Service Ass'n*, 494 F.3d 788 (9th Cir. July 3, 2007). El Tribunal Supremo norteamericano rechazó la solicitud de revisión de esta decisión por lo que devino firme. *Vid. Perfect 10 v. Visa Int'l Service Ass'n*, 553 U.S. 1079 (2008).

[448] Véase A. BRIDY, «Internet Payment Blockades», FLORIDA LAW REVIEW, volumen 67, número 5 (2015), pág. 1.523 y ss.

[449] *Ibidem*, pág. 1.540.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

general, a adoptar medidas destinadas a impedir la infracción de derechos de propiedad intelectual por parte de los usuarios de sus servicios, bien *ex ante* o bien derivadas de la denuncia de algún titular de derechos afectado. Como ya explicamos de forma general en el punto 3.2 del presente capítulo, diversas propuestas de este tipo fueron puestas sobre la mesa del legislador entre los años 2004 y 2011, teniendo relevancia por lo que se refiere específicamente a los proveedores de servicios de pago, las disposiciones que se incluían en la *Combating Online Infringement and Counterfeits Act* del año 2010[450], en la *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (también conocida como *Protect Intellectual Property Act* o por su acrónimo PIPA)[451] y en la *Stop Online Piracy Act*[452], ambas presentadas en el año 2011, pues de haber sido aprobadas, obligarían a compañías como VISA, MasterCard o PayPal a impedir, prohibir o suspender transacciones entre aquellos de sus clientes situados en Estados Unidos y nombres de dominio desde los cuales estuviesen teniendo lugar violaciones de derechos de propiedad intelectual[453].

Ninguna de estas propuestas legislativas fue finalmente sancionada a nivel federal, pero su presentación, discusión y negociación sirvieron para allanar el camino que llevaría poco tiempo después, merced también al interés y empuje sostenido trasladado desde la oficina del *Intellectual Property Enforcement Coordinator* en la Casa Blanca[454], a la firma entre mayo y julio de 2011 de un primer código de buenas prácticas entre determinados titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial cuya identidad no ha sido hecha pública y, en un primer momento, MasterCard, VISA, American Express, PayPal y Discover. Este acuerdo, el más relevante hasta la fecha, se componía a su vez de dos documentos; por una parte, el denominado *Best Practices to Address Copyright Infringement and the Sale of Counterfeit Products on the Internet*, que contenía un conjunto de directrices y buenas prácticas que debían seguir los

450 Bill Text 111th Congress [2009-2010] S.3804.RS
451 Bill Text 112th Congress (2011-2012) S.968.RS
452 Bill Text 112th Congress (2011-2012) H.R.3261.IH
453 A. BRIDY, «Internet Payment Blockades», *op. cit.*, pág. 1.542.
454 Véase *ibidem*, págs. 1.542 a 1.548.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intermediarios de pago seguro; y por otra, el *Best Practices for Right Holders with Payment Processors*, que regulaba una serie de principios complementarios al primero sobre como debían proceder los titulares de derechos en su relación con dichos proveedores de pago, principalmente en cuanto al modo de informar a estos intermediarios de las presuntas infracciones cometidas por los clientes de éstos[455].

Este código voluntario de buenas prácticas se puso en práctica a principios de 2012 con el lanzamiento por parte de la *International AntiCounterfeiting Coalition* (IACC) de un servicio denominado RogueBlock[456], el cual permitía a sus miembros la denuncia directa a los proveedores de servicios de pago y tarjetas de crédito norteamericanos firmantes del acuerdo de 2011, de todo aquel vendedor de artículos infractores de derechos de propiedad intelectual e industrial que utilizase sus servicios o instrumentos de pago en transacciones que tuviesen como origen o destino cuentas bancarias sitas en Estados Unidos.

Accediendo a través de un portal específico, los socios de la IACC cubren un formulario de denuncia incluyendo información detallada sobre el presunto infractor, el sitio web desde el que opera y medios de prueba justificativos del derecho que se alega, tal y como establece el *Best Practices for Right Holders with Payment Processors* y, tras una revisión previa por parte del IACC, la reclamación es remitida al intermediario de servicios de pago correspondiente, el cual procederá a su gestión conforme a lo acordado en el *Best Practices to Address Copyright Infringement and the Sale of Counterfeit Products on the Internet*[457]. En ese momento, el proveedor de servicios de pago realizará una investigación para identificar al cliente de sus servicios y, una vez hecho esto, lo cual puede implicar la participación de terceros como entidades financieras o bancarias, se requiere a dicho usuario para que acredite fehacientemente que no tiene relación con las transacciones

---

455 N. TUSIKOV, *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*. Oakland, University of California Press, 2017. Págs. 87 y 88.

456 Véase <*https://www.iacc.org/online-initiatives/rogueblock*>

457 Seguimos la descripción de A. BRIDY, «Internet Payment Blockades», *op. cit.*, págs 1.548 a 1.554.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

vinculadas a actividades infractoras de derechos que se le imputan. De negarse o ser incapaz el comerciante de probar su "inocencia", a partir de ese momento el intermediario de servicios de pago bloqueará toda futura transacción relacionada con la infracción "demostrada". De reincidir, la medida habitual a tomar será la suspensión o cancelación de los servicios de pago que dicho usuario tenga en relación a titulares de cuentas situadas en Estados Unidos. El *Best Practices to Address Copyright Infringement and the Sale of Counterfeit Products on the Internet* contempla que los intermediarios de pago deberán contar con un procedimiento de impugnación o revisión para evitar posibles errores o abusos en la atribución de responsabilidad fruto de este procedimiento de denuncia, pero no prevé que el mismo tenga lugar de manera independiente.

En la actualidad el programa RogueBlock sigue activo y parece gozar de buena salud. Por lo que se refiere a sus resultados, la IACC afirma el programa ha servido para suspender más de 5.000 cuentas de vendedores de falsificaciones y que el número de sitios web contra los que se han tomado medidas supera los 200.000[458]. En cuanto a su nivel de implementación, el programa ha doblado el número de proveedores de servicios de pago participantes —que en el momento de redactar estas líneas son MasterCard, Visa International, Visa Europe, PayPal, MoneyGram, American Express, Discover, PULSE, Diners Club y Western Union—, mientras que el número de titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial que, en su condición de miembros de la IACC, podrían estar haciendo uso del mismo ronda la centena[459]. El reto de futuro mas relevante que el programa posiblemente va a tener que hacer frente es la aparición y generalización del uso de nuevas criptomonedas[460] que, además de su conocida característica de operar fuera del ámbito de acción y el control de los operadores financieros tradicionales, tienen aspiraciones reales de globalidad, de mantener un tipo de cambio estable y de permitir su empleo integrado a través de aplicaciones móviles y

458 Cfr. *<https://www.iacc.org/online-initiatives/rogueblock>*

459 *<https://www.iacc.org/membership/members>*

460 Sobre las posibilidades que criptomonedas tradicionales como Bitcoin ofrecen para eludir las medidas de bloqueo que programas como RogueBlock impulsan, véase A. BRIDY, «Internet Payment Blockades», *op. cit.*, págs 1.563 a 1.567.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

servicios de mensajería instantánea. Uno de los primeros obstáculos sorteados en ese sentido, fue la marcha atrás de Facebook, al renunciar en 2020 dicha red social al lanzamiento de su propia divisa virtual Libra, algo que había anunciado a bombo y platillo que haría tan solo un año antes[461], tras perder el apoyo y abandonar el proyecto miembros relevantes del mismo como Visa o MasterCard[462].

3.3.3.4. Medidas de filtrado y de bloqueo del acceso a sitios y páginas web P2P infractoras de derechos de terceros.

Muchos son los tipos de recursos, los contenidos que se encuentran disponibles a través de una red de información. Tanto una página web, como un archivo de imagen o audio parte de la misma, como los diversos paquetes de datos en que se dividen dichos archivos para poder ser transmitidos en red… Todos ellos son susceptibles de encajar en una definición amplia de "recursos o contenidos disponibles a través de una red de telecomunicaciones" y susceptibles, en consecuencia, de poder ser objeto de escrutinio y monitorización.

En el presente epígrafe no desarrollaremos una explicación que abarque todas estas posibilidades pues, por diversos motivos, el filtrado o bloqueo de archivos o de los diferentes bloques de pocos bits de información que los componen no constituye ni ha sido considerada una estrategia realista ni válida para hacer frente al intercambio de archivos conteniendo obras y prestaciones protegidas[463]. Por ello, nos centraremos en exponer las alternativas que sean de aplicación a sitios y páginas web en general, pues es en este tipo concreto de recursos, cuando tienen naturaleza o finalidad

---

461 FACEBOOK, *Coming in 2020: Calibra - A New Digital Wallet for a New Digital Currency*. Newsroom. June 18, 2019. <*https://newsroom.fb.com/news/2019/06/coming-in-2020-calibra*>. Véase también la página oficial de la criptomoneda <*https://www.libra.org*> y la de su monedero virtual asociado <*https://www.calibra.com*>

462 Véase N. POPPER AND M. ISAAC, *Facebook-Backed Libra Cryptocurrency Project Is Scaled Back*. THE NEW YORK TIMES. Technology. April 16, 2020. <*https://www.nytimes.com/2020/04/16/technology/facebook-libra-cryptocurrency.html*>

463 Para una aproximación general al importante conjunto de problemas técnicos, económicos y jurídicos que presenta la monitorización de los archivos que circulan por Internet, véase M. JAYASURIYA ET AL, *Forcing the Net Through a Sieve: Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs*. Washington, Public Knowledge, 2009. <*https://www.publicknowledge.org/pdf/pk-filtering-whitepaper-200907.pdf*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

infractora, en los cuales han puesto su atención y concentrado sus esfuerzos los titulares de derechos afectados por el fenómeno P2P.

También resulta necesario aclarar que cuando se habla de la posibilidad de *filtrar* determinados contenidos disponibles a través de una red de telecomunicaciones o a través de un servicio específico que opere en dicha red o de *bloquear* o imposibilitar técnicamente el acceso por parte de los usuarios de Internet a determinados sitios y páginas web, no estamos hablando del mismo tipo de procesos pese a que, en muchos contextos, se usen ambos términos como perfectamente intercambiables. Por razones de síntesis y espacio, intentaremos explicar ambos de manera conjunta dentro del presente epígrafe, ahora bien, hay que tener presente que, desde una perspectiva jurídica, las implicaciones de una u otra medida son diferentes[464].

3.3.3.4.1. Medidas de filtrado.

El filtrado implica la monitorización de las comunicaciones entrantes y salientes que circulen a través de una red de telecomunicaciones como Internet, así como la identificación tanto del protocolo utilizado para ello —por ejemplo, si ha tenido lugar haciendo uso del FTP, que es uno de los estándares para la transferencia de archivos, o si la comunicación ha tenido lugar mediante aplicaciones específicas de transferencia de datos como son los programas P2P de intercambio de archivos—, como del contenido de dichas comunicaciones para, por ejemplo, conocer si incluyen archivos electrónicos susceptibles de contener obras protegidas. En términos generales, cuando el fruto que se revela de ese proceso de monitorización, identificación y análisis de contenido contraviene determinados parámetros prefijados por el responsable de la red o de la aplicación, se activa el proceso de bloqueo de dicha comunicación.

Esta labor de filtrado puede ser realizado de diversos modos y, desde un punto de vista técnico, a distintos niveles dentro de las

464 Sobre el particular, véase el análisis que de una y otra hace P. CRUZ VILLALÓN, *Conclusiones del Abogado General*, presentadas el 14 de abril de 2011, en el Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA* contra *Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*, párrafo 46.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

diferentes capas que conforman la estructura de una red como Internet. A los efectos que al objeto del presente trabajo interesan, examinaremos a continuación las acciones de este tipo que pueden tener lugar a nivel de la propia red —bien por parte de los administradores de la misma, en caso de que los hubiese, bien por parte de los proveedores de servicios de acceso a ella, en caso de que no fuera así—, y las medidas de filtrado que pueden llevarse a cabo a nivel de sitios y páginas web —por parte de sus respectivos responsables o gestores—.

a) Filtrado a nivel de red.

El filtrado es la herramienta usualmente empleada en el ámbito de la seguridad informática para proteger redes de comunicaciones y se lleva a cabo mediante un dispositivo denominado *firewall*, el cual sirve para inspeccionar, con mayor o menor grado de detalle, el tráfico de datos enviado y recibido desde Internet, seleccionando conforme a unos parámetros técnicos previamente establecidos, la información que efectivamente se permite que entre o salga y la que no[465], es decir, qué es lo que se "bloquea" y qué es lo que no.

A nivel de red, esta selección puede ser aplicada en distintos estratos, dependiendo de si queremos que el filtrado sea más o menos "fino". Por ejemplo, podemos impedir que entre o que salga de la red todo el tráfico relacionado con un determinado servicio, pongamos por caso el de correo electrónico; pero también podemos ir más allá y regular el filtro para que sólo entren o salgan mensajes cuando provengan o transiten una serie de servidores de correo específicos o de confianza, o bien ajustarlo para que sólo puedan recibirse o enviarse correos electrónicos que cumplan una determinada regla como la de no incluir archivos de un determinado tipo o tamaño.

Una de estas posibilidades de selección es la que se conoce como filtrado de DNS (acrónimo de *Domain Name System*), la cual sirve

---

[465] Véase, en general, R. ANDERSON, *Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems*. 2nd edition. New York, John Wiley & Sons, 2008. Págs. 654 a 660; o J. F. KUROSE AND K. W. ROSS, *Computer networking; A top-down approach*, 6th edition. Boston, Pearson – Addison Wesley, 2013. Págs. 731 a 739.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para impedir la entrada o salida de información o tráfico desde o hacía determinados nombres de dominio. Como recordará el lector de nuestras explicaciones en el Capítulo 1 del presente trabajo, el nombre DNS refleja la denominación del nombre de dominio asociado a una dirección IP donde se encuentra un determinado recurso en Internet. Por ejemplo, la dirección IP 193.5.93.80 se corresponde con el dominio <wipo.int> y lleva a la página principal del sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Si el administrador de una red quisiera impedir el acceso de sus usuarios a la página web de la OMPI podría hacerlo mediante este tipo de filtro y cada vez que uno de ellos teclease <wipo.int> en su navegador, el *firewall* mostraría, por ejemplo, un mensaje de aviso informado que el dominio al que se pretende visitar ha sido "bloqueado" y, por lo tanto, no es accesible desde dicha red.

También es posible realizar un filtrado en red similar en base a las direcciones IP. Siguiendo con nuestro ejemplo del párrafo anterior, si el administrador o el proveedor de acceso a una red no quisiera que sus usuarios visitasen el dominio <wipo.int> podría crear una regla de filtrado para impedir que se mostrase el recurso identificado con la dirección IP 193.5.93.80[466]. Si fuese su intención, además, que el contenido disponible a través de la página web de la OMPI quedase fuera del alcance de sus clientes podría también "bloquear" las direcciones IP asociadas a los servidores o *nameservers* en los cuales se encuentra alojado dicho contenido —y que son, entre otras, en el momento de redactar estas líneas, pues pueden variar o rotar entre sí a voluntad del titular del dominio, las direcciones IP 206.155.102.53, 192.91.247.3 y 193.5.93.3—. Desde la perspectiva del usuario de Internet, este tipo de filtrado por IP es muy común y algo que todos hemos experimentado en nuestro día a día, pues es el mismo proceso, pero a la inversa, que tienen habilitado muchos sitios web para mostrar contenidos específicos a sus visitantes dependiendo del país desde el cual se conectan, lo cual se lleva a cabo mediante la

[466] En este supuesto concreto tenemos una dirección IP asociada con el nombre de dominio de nuestro ejemplo, pero no es la única posibilidad. Tal y como veremos un poco más adelante, puede darse el caso de que sean varias las direcciones IP a las que esté asociado un dominio o que varios dominios compartan una misma dirección IP.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

geolocalización de la dirección IP pública que las empresas proveedoras de servicios de acceso a Internet nos asignan a todos nosotros como usuarios.

Como potenciales instrumentos de protección de la propiedad intelectual, principalmente con relación a páginas y sitios web relacionados con la descarga de archivos a través de redes P2P susceptibles de contener obras y prestaciones protegidas, las opciones de filtrado de DNS y de direcciones IP ofrecen claras ventajas, pero manifiestan también ciertos inconvenientes.

El principal problema que presentan como medidas de bloqueo destinadas a impedir el acceso a páginas web infractoras es que, en general, su efectividad puede ser menoscabada con mayor o menor esfuerzo, tanto por parte de los responsables de los sitios "pirata" como por parte de sus visitantes.

En el caso del filtrado de DNS en una determinada red, por ejemplo, el bloqueo del nombre de dominio no impide a los usuarios el acceso a través de la dirección IP asociada al mismo[467] ni que los responsables del sitio registren nuevos nombres de dominio para seguir poniendo a disposición pública a través de ellos el contenido infractor disponible en el inicialmente bloqueado[468].

En los supuestos de filtrado en red de direcciones IP, el bloqueo suele ser normalmente sorteado mediante el empleo de *proxies* y redes privadas virtuales, también conocidas como VPNs (acrónimo del término anglosajón *virtual private networks*). Ambos recursos ocultan la dirección IP objeto de filtrado, si bien operan de manera diferente en lo que se refiere a páginas o sitios infractores de derechos cuya consulta se quiere evitar.

---

[467] Es decir, que los usuarios tecleen en su navegador la dirección IP 193.5.93.80 en vez del nombre de dominio <wipo.int> para seguir accediendo a la página principal de la OMPI.

[468] Nombres de dominio que pueden ser idénticos al bloqueado pero registrados en alguna de las más de 1.500 extensiones disponibles actualmente (pensemos en <wipo.**es**>, <wipo.**blog**> o <wipo.**ভারত**>, por ejemplo); o simplemente incluir pequeñas variaciones respecto del bloqueado, bien con la misma extensión del primero (<**wipo1**.int>) o en otra nueva (<**newipo**.wow>, <**real-wipo**.pф>, etc). Para un listado pormenorizado de extensiones, véase INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY, *Root Zone Database*. *<https://www.iana.org/domains/root/db>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En cuanto a la primera posibilidad, un *proxy* muestra el contenido disponible en la dirección IP en cuestión tal cual se puede visitar desde otra localización ajena a la red donde el filtro ha sido aplicado. Si, por ejemplo, las direcciones IP 104.27.216.28 o 104.27.217.28, ambas asociadas con el nombre de dominio <thepiratebay.org>, hubiesen sido bloqueadas por un determinado proveedor de servicios de acceso a Internet, sus usuarios no podrían llegar a ellas. Sin embargo, sí podrían acceder a ellas otros usuarios desde una red diferente y tras habilitar un nuevo dominio, página o sitio que reprodujese lo que a través de las bloqueadas se encuentra disponible, pero bajo una dirección IP diferente, entonces los usuarios de la primera red podrían saltarse el bloqueo acudiendo a esa nueva dirección IP, a ese *proxy*, "representante" o nuevo portal de acceso a la bloqueada. Por lo que se refiere al segundo caso, los VPN ocultan la dirección de conexión a Internet del usuario y redirigen su navegación a través de una red virtual anónima que "sustituye" en este proceso al proveedor de servicios de acceso, de modo que el filtro aplicado con relación a una dirección IP determinada se pierde y el usuario puede acceder así a la misma sin mayores problemas[469].

Un segundo problema importante que presentan el filtrado de DNS y de direcciones IP como medidas de bloqueo de sitios web infractores de derechos de autor y afines es que sus efectos, en muchos casos, pueden superar el alcance pretendido con su implantación, afectando a terceras páginas o sitios que ni tienen nada que ver con los que inicialmente se quería bloquear, ni en ellos tiene lugar violación alguna de derechos y prestaciones protegidas.

Comenzando por el filtrado de DNS, su empleo es problemático respecto de aquellos nombres de dominio susceptibles de incluir contenido infractor y no infractor, pues la medida no permite bloquear una parte del dominio y dejar plenamente accesibles otras[470].

---

469 De manera parecida funcionan los navegadores de redes anónimas como Tor. Su empleo también es posible a los fines de elusión explicados en este epígrafe, si bien su lentitud en comparación con los VPN ha hecho que estos últimos sean la opción mayoritariamente escogida en detrimento de aquéllos. Sobre Tor, véase *<https://www.torproject.org>*

470 Véanse los informes del CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY, *The Perils of Using the Domain Name System to Address Unlawful Internet Content.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pensemos, por ejemplo, en dominios desde los que se ofrecen servicios gratuitos de alojamiento de blogs y páginas web como <blogspot.com>, que asignan a cada uno de ellos un subdominio dependiente del nombre de dominio principal, como <paginapirata.blogspot.com> o <elblogdepepe.blogspot.com>, a fin de facilitar la identificación, el acceso y la búsqueda de estos sitios por parte de sus potenciales visitantes. Si el administrador o proveedor de acceso a una red quisiera impedir el acceso a un blog infractor de derechos alojado en <blogspot.com>, por ejemplo al sitio <paginapirata.blogspot.com>, mediante el establecimiento de un filtro de DNS, el bloqueo se produciría en relación a todos los blogs y páginas dependientes del nombre de dominio <blogspot.com>, con lo cual dejarían de ser accesibles a través de esa red todos ellos, tanto el vulnerador <paginapirata.blogspot.com> como el inocente <elblogdepepe.blogspot.com>[471]. El ICANN (acrónimo en inglés de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números), organización pública sin ánimo de lucro que se dedica a gestionar la asignación de nombres de dominio de primer nivel y de direcciones IP a nivel mundial, ha publicado varias guías informativas para evitar potenciales daños colaterales como los indicados a la hora de solicitar en vía judicial o administrativa, determinadas medidas destinadas a la incautación o suspensión de nombres de dominio

---

September 2011. *<https://cdt.org/insight/the-perils-of-using-the-domain-name-system-to-address-unlawful-internet-content>*; y de ENVISIONAL, *Global Site Blocking Landscape and Analysis*. Cambridge, July 2012, págs. 19 a 25.

[471] Incidentes similares al ejemplo descrito han ocurrido ya en diversas ocasiones en países como Estados Unidos. En 2011 y en el marco de una operación contra la pornografía infantil, una agencia gubernamental dependiente del *Department of Homeland Security* solicitó y obtuvo autorización judicial para el bloqueo del nombre de dominio <mooo.com>, del cual dependían 84.000 subdominios, en su mayoría páginas personales y de pequeños negocios no relacionados con los hechos delictivos que justificaban dicha orden las cuales, como consecuencia de la medida, pasaron de mostrar su contenido habitual a exhibir un aviso oficial informando de la intervención de todas ellas y su posible relación con la comisión de delitos de naturaleza pedófila. Cfr. TORRENTFREAK, *U.S. Government Shuts Down 84,000 Websites, 'By Mistake'*. February 16, 2011. *<https://torrentfreak.com/u-s-government-shuts-down-84000-websites-by-mistake-110216>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

potencialmente infractores de derechos de tercero, cuya consulta es ciertamente ilustrativa[472].

Si pasamos ahora a examinar lo que acontece con el bloqueo de direcciones IP, veremos que tampoco esta medida se libra, en determinadas circunstancias, de ser susceptible de acarrear consecuencias negativas para algunos terceros no implicados directamente en actividades infractoras de derechos de terceros.

Pongamos por caso que el responsable o el administrador de una determinada red decide filtrar la dirección IP 193.5.93.80 a fin de que los usuarios de la misma no tengan acceso al dominio <wipo.int>. El filtrado de la misma supondría no sólo el bloqueo de <wipo.int> sino también de otros 21 nombres de dominio más que comparten esa misma dirección IP[473], siendo uno de ellos <accessiblebooksconsortium.org>, dominio que corresponde al Consorcio de Libros Accesibles y que engloba organizaciones que representan a las personas con dificultades para acceder al texto impreso, como la Unión Mundial de Ciegos, bibliotecas para ciegos, organismos de normalización y organizaciones que representan a autores, editoriales y organismos de gestión colectiva.

Con este ejemplo lo que se pretende ilustrar es que, en la práctica, es muy, muy frecuente que muchos sitios web que potencialmente ponen a disposición del público contenido protegido por derechos de propiedad intelectual, compartan la misma dirección IP con otras páginas "lícitas" que nada tienen que ver con ellos, simplemente por el hecho de emplear los mismos recursos, en particular, los mismos proveedores de servicios de alojamiento. El problema es serio pues,

---

472 Entre ellas, D. PISCITELLO, *Guidance for Preparing Domain Name Orders, Seizures & Takedowns*. ICANN Security Team, 8 March 2012, disponible en *<https://www.icann.org/en/blogs/details/thought-paper-on-domain-seizures-and-takedowns-8-3-2012-en>*; y, del mismo autor, *The Value of Assessing Collateral Damage Before Requesting a Domain Seizure*. ICANN Security Team, 24 January 2012, disponible en *<https://www.icann.org/resources/files/seizure-collateral-assess-2013-01-24-en>*

473 El listado completo de los 22 nombres de dominio asociados a la dirección IP 193.5.93.80, a 20 de julio de 2019, era el siguiente: <accessiblebooksconsortium.org>; <internationalmusicregistry.org>; <ompi.ch>; <ompi.org>; <patent-scape.com>; <patent-scope.ch>; <patent-scope.eu>; <patentscope-origins.com>; <patentscope.ch>; <patentscopeorigins.com>; <pct-safe.com>; <pct-safe.info>; <pct-safe.net>; <pct-safe.org>; <tigarproject.org>; <visionip.ch>; <wipo.ch>; <wipo.int>; <wipo.org>; <wiporesearch.com>; <wiporesearch.org>; y <world-intellectual-property-organization.com>.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

según un estudio de 2003, más del 87% de todos los nombres de dominio activos (es decir, que muestran o "resuelven" algún tipo de contenido) compartían el mismo servidor web con otro o más nombres de dominio, y más de dos tercios de ellos lo hacían con 50 o más nombres de dominio[474].

Dejaremos en este punto nuestra explicación no sin antes apuntar que diversas han sido las soluciones buscadas para intentar minimizar los problemas apuntados con relación al empleo del filtrado de DNS[475] y de direcciones IP como medidas de bloqueo de sitios web infractores de derechos de autor y afines. Una de ellas, la que se conoce como "bloqueo híbrido", consiste en combinar ambos tipos de filtros, bloqueando nombres de dominio y direcciones IP, al tiempo que se van creando listados detallados y muy específicos de las URLs en las que se encuentra disponible el contenido infractor[476].

b) Filtrado a nivel de páginas o sitios web.

En segundo lugar, tenemos aquellas acciones de filtrado que determinadas páginas web habilitan, de manera voluntaria o por imperativo legal, para evitar que determinados usuarios, en infracción de los términos y condiciones que regulan su uso, puedan proceder a "subir" o "cargar" contenidos susceptibles de violentar derechos de propiedad intelectual de terceros. No es algo excepcional, sino una tendencia constatada que ha venido creciendo desde los inicios de la

---

474 B. EDELMAN, *Web Sites Sharing IP Addresses: Prevalence and Significance*. BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY. Harvard Law School. September 12, 2003. <*https://cyber.harvard.edu/archived_content/people/edelman/ip-sharing*>

475 Y que, tal y ya como avanzamos en el apartado 3.3.2, fueron una de las principales causas del rechazo generalizado que, en 2011, abocaron a la *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (Bill Text 112th Congress (2011-2012) S.968.RS) y a la *Stop Online Piracy Act* (Bill Text 112th Congress (2011-2012) H.R.3261.IH) a no llegar a ser aprobadas por el Gobierno Federak de los Estados Unidos. Cfr. INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, *op. cit.*, pág. 63.

476 Cfr. EUROPEAN ASSOCIATION OF EUROPEAN INTERNET SERVICES PROVIDERS ASSOCIATIONS, *Internet blocking: frequently asked questions*. March 30, 2013. <*http://www.euroispa.org/internet-blocking-frequently-asked-questions*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

primera años década del siglo XXI[477] y que, en el marco de la Unión Europea, se ha plasmado en forma de obligación para determinados proveedores de servicios de la Sociedad de la Información como, por ejemplo, los que se dedican a compartir contenidos en línea, tal y como vimos al inicio de este Capítulo que hace la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital por la que se modifican, entre otras, la DDASI (en adelante, DMUD)[478].

Dicho "filtrado" implica procesos de monitorización, identificación y análisis de contenido; y, potencialmente, la puesta en marcha de medidas de "bloqueo" del contenido infractor o del usuario responsable de la infracción. Para que este tipo de procesos sean compatibles con la salvaguarda del derecho de libertad de expresión y de información de los usuarios, en el ámbito de la Unión Europea, la jurisprudencia del alto tribunal comunitario ha venido advirtiendo que los sistemas de filtrado deben distinguir suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, de modo que su establecimiento no implique un riesgo de bloquear comunicaciones de contenido lícito. Si esto sucediese, la protección de los derechos de propiedad intelectual no estaría en justo equilibrio con el derecho de libertad de expresión y de información de los usuarios[479].

Así, en este apartado nos referimos, por ejemplo, a aquellos sitios web que proporcionan alguno de los denominados servicios arquetípicos de la Sociedad de la Información, tal y como vienen configurados en nuestro ámbito más próximo en la ya comentada Directiva de Comercio Electrónico[480], implementada en España a

---

477 Véase C. ANGELOPOULOS, *Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe*. Institute for Information Law Research Paper No. 2012-04. European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2009. Págs. 9 y 10.

478 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, n° L 130 de 17/05/2019, pág. 92 y ss.

479 Véase, por ejemplo, el párrafo 86 de la reciente STJUE (Gran Sala), de 26 de abril de 2022, en el asunto C-401/19, *República de Polonia* contra *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.

480 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información[481], y la mencionada DMUD, que viene a complementar a la DCE.

En muchos casos estas medidas de filtrado no responden a una necesidad de naturaleza reactiva y son meramente proactivas en la medida en que es el propio sitio web el que habilita determinados sistemas de monitorización como medida para evitar discretamente la proliferación de determinados contenidos potencialmente ilícitos que, independientemente de las consecuencias jurídicas que les puedan acarrear, son susceptibles de generar a su entender un problema adicional de tipo reputacional, de marca o imagen corporativa que, a la larga, podría suponer un problema mayor para la empresa propietaria de la página web[482].

No es tampoco infrecuente que este tipo de medidas voluntarias de filtrado y bloqueo se integren en programas específicos de colaboración con asociaciones o titulares individuales de derechos, pero de manera independiente. Es decir, que se informe a los titulares de derechos participantes de que se llevan a cabo este tipo de actividades "proactivas", e incluso que haya un flujo bidireccional de información para mejorar estas labores internas de vigilancia y control, pero desligándolas de algún modo del procedimiento normal "reactivo" de denuncia de infracciones de derechos de propiedad industrial que el sitio en cuestión tenga implantado.

---

comercio electrónico). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 178, 17 de julio de 2000.

[481] Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2002, páginas 25.388 a 25.403

[482] Tampoco debemos pecar de ingenuos y negar el "estímulo extra" que genera para quienes operan en la Unión Europea, el debate actualmente en marcha relativo a la propuesta de la Comisión Europea de aprobar un nuevo marco regulatorio en el cual se "ajuste" el nivel de transparencia, trazabilidad, eficacia y responsabilidad exigible a las plataformas online que reúnen a vendedores y consumidores, tales como mercados online, tiendas de aplicaciones, plataformas de economía colaborativa y plataformas de redes sociales, en particular, aquellas que, por mor de su tamaño y alcanzar al 10% de los 450 millones de usuarios europeos, plantean especiales riesgos en cuanto a la difusión de contenidos ilícitos y nocivos para la sociedad. Ver COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE*. Bruselas, 15.12.2020. COM(2020) 825 final. 2020/0361(COD)

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En este sentido, es ciertamente ilustrativo el primer anuncio público que Facebook emitió en su historia empresarial sobre el alcance de las acciones voluntarias de protección de derechos de propiedad intelectual puestas en marcha proactivamente durante el segundo semestre de 2020, tanto en la red social creada por Mark Zuckerberg como en Instagram, adquirida por la primera en 2012, pues, al igual que en España y en la Unión Europea, la normativa norteamericana no impone a este tipo de proveedores de servicios que monitoricen sus plataformas en busca de contenido subido por sus usuarios y potencialmente infractor de derechos de propiedad intelectual de terceros[483]. Los datos puestos sobre la mesa son, sin duda, impactantes: durante los últimos seis meses de 2020, el 79% de todas las retiradas de contenido infractor de derechos de autor y derechos afines de Facebook (casi 10 millones de perfiles, publicaciones, o anuncios infractores) y el 59% de las eliminadas de Instagram por el mismo motivo (poco más de 2 millones de actuaciones similares), tuvieron lugar no a instancias de los titulares de derechos, sino a iniciativa propia de ambas redes sociales[484].

Ahora bien, quizás el sistema más relevante dentro de este ámbito es ContentID, un sistema de huella digital (*fingerprinting*) desarrollado por Google para YouTube poco después de la adquisición de ésta por aquélla en 2006, más o menos por la misma época en la que la plataforma comenzó a recibir las primeras reclamaciones judiciales que cuestionaban su potencial responsabilidad por el contenido ilícito subido y compartido por los usuarios de sus servicios.[485]

---

483 17 U.S. Code § 512(m)

484 M. FIORE, *How We're Proactively Combating Counterfeits and Piracy*. FACEBOOK NEWSROOM, May 19, 2021. <*https://about.fb.com/news/2021/05/how-were-proactively-combating-counterfeits-and-piracy/*>

485 Principalmente las presentadas por Viacom en Estados Unidos. Tocaremos este aspecto un poco más a fondo en el siguiente capítulo, al hablar de las decisiones judiciales pronunciadas en este país en relación al tercer modelo de aplicaciones P2P destinadas al intercambio de archivos. Por lo que respecta a España, no podemos dejar de mencionar la Sentencia 11/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 28ª), de 14 de enero, relativa al recurso de apelación en el litigio entre Telecinco y Youtube acerca de la eventual infracción por parte de la segunda de los derechos de propiedad intelectual de la primera. La resolución desestima en su integridad la demanda iniciadora del expediente y, en su apartado 35, recuerda "*que la inexistencia de una obligación general de supervisión de contenidos* [...]

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Yendo al desglose del funcionamiento de ContentID, su operativa es sencilla de explicar: una vez que los titulares de derechos sobre cualquier obra musical o audiovisual susceptible de ser subida en forma de video a YouTube se dan de alta y confirman las obras que forman parte de su catálogo, YouTube comienza a comparar cualquier video potencialmente similar que localice en su página web para comprobar si coincide con la pieza original registrada por el titular de derechos.

Si esto sucede, al titular se le ofrecen varias opciones respecto del material que coincide con el suyo: (a) bloquear el vídeo coincidente para que deje de estar disponible en YouTube; (b) autorizar la inclusión de anuncios en dicho vídeo, generando de este modo un ingreso directo sólo para él o, si así lo decide, a compartir con el usuario que lo haya subido; y, por último, (c) limitarse a pedir que se le remita información periódica sobre las estadísticas de audiencia que tiene ese vídeo[486], en aras de tomar una mejor decisión más adelante. Es de destacar que el sistema no sólo se limita a los vídeos "estáticos" subidos a YouTube, sino que puede también monitorizar las emisiones en vivo de contenido que los usuarios "cargan" en su perfil o canal en tiempo real (*live streams*)[487].

Desde su puesta en marcha no han sido pocas las voces que han alertado de los riesgos que presenta ContentID, en la medida en que el proceso de reconocimiento e identificación de posibles "infracciones" fue ideado y se ejecuta principalmente de manera automática. Así, diversos autores han puesto de manifiesto, entre otras cuestiones, en primer lugar, el alto número de "falsos positivos" que el sistema identifica erróneamente como infracciones de derechos, cuando en realidad no lo son, con lo que cual se obstaculiza el acceso y disfrute de información que precisamente ha sido subida a un medio como YouTube para alcanzar una audiencia global[488].

---

no excluye la posibilidad de desarrollar un sistema técnico de filtrado automático que permita detectar contenidos infractores" pero, en ningún caso, "*el desarrollo e implementación de tales herramientas pueda imponerse*" a prestatarios de servicios como los ofrecidos por YouTube. Entre paréntesis propio.

[486] Véase *<https://support.google.com/youtube/answer/2797370>*

[487] *<https://support.google.com/youtube/answer/3367684>*

[488] B. BOROUGHF, «The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En segundo término, se ha resaltado la incapacidad de ContentID para reconocer límites y excepciones legalmente previstas a los derechos de propiedad intelectual como, en el caso de los Estados Unidos, el denominado *fair use* que permite, entre otros actos y siempre en cumplimiento de una lógica serie de condiciones[489], la parodia de una obra, su crítica o la realización de comentarios informativos sobre la misma, aún no contando con la autorización de su titular[490].

En tercer lugar, la instauración de un sistema tan automatizado que devuelve un número elevado de avisos de potenciales usos infractores ha generado, especialmente entre aquellos titulares de derechos que ven en YouTube un medio idóneo para la promoción de sus obras y que se dieron de alta en ContentID para actuar sólo contra usuarios realmente perjudiciales para sus intereses, un inesperado volumen extra de trabajo que no pueden gestionar y que, de intentar hacerlo, les haría incurrir en importantes inversiones adicionales de personal y tiempo. Para este tipo de titulares, el que YouTube se limite a remitirles todas las detecciones identificadas en un período de tiempo, sin filtrar, para que ellos decidan en cada caso concreto si el uso se autoriza o no, es perjudicial para sus intereses y complica sus relaciones con los YouTubers honestos e interesados en sus productos y servicios[491].

Y, en cuarto y último lugar, se afirma que tiene lugar un reparto no equitativo de los beneficios, en perjuicio principalmente del creador de la obra derivada que incluye la protegida cuyo titular ha hecho uso de la opción (b) indicada *supra* y que, en la práctica,

---

Creativity, Cooperation, and Fair Use Compensation», ALBANY LAW JOURNAL OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, Volumen 25, Issue 1 (2015), págs. 107 a 110.

489 Véase 17 U.S. Code § 107

490 Véase L. SOLOMON, «Fair Users or Content Abusers: The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on YouTube», HOFSTRA LAW REVIEW, Volume 44, Issue 1, (2015), págs. 257 a 259; y K. TRENDACOSTA, *Unfiltered: How YouTube's Content ID Discourages Fair Use and Dictates What We See Online*. ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. December 10, 2020. <*https://www.eff.org/wp/unfiltered-how-youtubes-content-id-discourages-fair-use-and-dictates-what-we-see-online*>

491 B. BOROUGHF, *op. cit.*, págs. 107 a 110.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

implica que son YouTube y el derechohabiente quienes perciben la parte del león del lucro generado vía anuncios[492].

3.3.3.4.2. Medidas dictadas en sede judicial consistentes en impedir el acceso del público a determinados sitios web y páginas P2P.

En el marco de la Unión Europea, el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29 armonizadora de determinados aspectos de los derechos de autor en la Sociedad de la Información[493], estableció que los Estados Miembros "*velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor*." Si bien la DDASI no define el término "intermediario", no hay discusión a la hora de entender que los servicios que se prestan al tercero infractor tienen lugar a través de una red de telecomunicaciones; que es a estos intermediarios a quienes se dirigen las medidas cautelares por ser precisamente actores necesarios para la realización de las actividades ilícitas y quienes están en mejor posición para tomar medidas destinadas a poner fin a las mismas; y además, por último, que la responsabilidad que pudiera derivarse *ex* artículo 8.3 es independiente de cualquier otra responsabilidad propia que pudiera tener el mencionado "intermediario" en la potencial infracción[494].

Asimismo y en el contexto de cualesquiera procedimientos de tutela judicial de la propiedad intelectual, aplican los términos que delimitan el derecho de información que establece el artículo 8.1 DDASI, de tal modo que "*en respuesta a una petición* justificada y proporcionada *del demandante, las autoridades judiciales pueden*

---

[492] L. SOLOMON, *op. cit.*, págs. 259 a 261; y B. BOROUGHF, *op. cit.*, págs. 112 a 114.

[493] Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 167, 22 de junio de 2001 (en adelante DDASI).

[494] J. RIORDAN, «Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law», en G. B. DINWOODIE (ed), *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017. Págs. 277 y 278.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de [...] [los] *servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que:* [...] *c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras; o d) haya sido designada* [...] *como implicada en la prestación de dichos servicios*."[495]

Esta primera norma se complementa con el artículo 11 de la Directiva 2004/48, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual[496], que obliga a que los miembros de la Unión Europea garanticen que los titulares de derechos "*tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual*".

Las medidas cautelares que los titulares de derechos de autor y afines pueden solicitar al amparo del artículo 8.3 de la DDASI y del artículo 11 de la DRPI se complementan, en palabras de HUSOVEC[497], en una suerte de *puzzle* jurídico triangular, con otras que establecen el marco de mínimos y máximos dentro del cual pueden ser concedidas. Así, el artículo 3.1 DRPI dispone que dichos procedimientos "*serán justos y equitativos, no serán inútilmente complejos o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios*" y, el 3.2 DRPI que "*serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legitimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso*."

El segundo ángulo de dicho polígono de garantías lo constituye la Directiva 2000/31, sobre el comercio electrónico[498], que establece la prohibición de imponer a los intermediarios una "*obligación general*

---

495 Énfasis y entre corchetes propio.

496 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Diario Oficial de la Unión Europea, L 157, 30 de abril de 2004, (en adelante, DRPI).

497 M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable But Not Liable?*. Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Págs. 50 y 60.

498 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea, L 178, de 17 de julio de 2000, (en adelante, DCE).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas"[499], salvo "*en casos específicos y, en particular,* [la prohibición de no monitorizar] *no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional*"[500], que "*pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.*"[501]

Por último, el tercer vértice de este equilátero garantista al que venimos haciendo referencia, en absoluto menos importante que el resto, pero sobre el que ya hemos hablado en profundidad en epígrafes anteriores[502], es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[503], la cual vincula a todos sus Estados Miembros cuando aplican el derecho comunitario[504]. Como hemos explicado, los límites establecidos en la Carta que, con mayor frecuencia e importancia, acotan el alcance de las acciones que puede poner en marcha cualquier titular en defensa de sus derechos de propiedad intelectual, son el derecho a la privacidad, a la protección de datos de carácter personal y a la libertad de expresión e información[505].

Hablemos ahora de las decisiones judiciales más relevantes en relación con la petición de medidas cautelares consistentes en "bloquear" o impedir el acceso del público a determinados sitios o páginas P2P.

La primera de ellas es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-314/12, conocido coloquialmente como el "caso Telekabel", en el cual el tribunal acepta la posibilidad de imponer a un proveedor de servicios de acceso a Internet la obligación de "bloquear" una concreta página en donde tienen lugar actos infractores de derechos de propiedad intelectual de tercero, si dicho

499 Artículo 15.1 DCE.
500 Recital 45 DCE. Entre corchetes propio.
501 Recital 45 DCE.
502 Véase el punto 3.3.2.3.2 anterior.
503 Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/391, de 26 de octubre de 2012.
504 Artículo 51.1.
505 Artículos 7, 8 y 11, respectivamente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ISP tiene libertad para elegir las medidas técnicas que han de adoptarse para cumplirla y, además, éstas están rigurosamente delimitadas, en el sentido de que sirven para impedir o dificultar la vulneración de derechos sin que se vean afectados el resto de usuarios que, no estando involucrados en dichas actividades infractoras, hacen uso de los servicios de ese mismo proveedor[506]. El sentido de la respuesta dada en el caso Telekabel resulta sumamente relevante en la medida en que alumbra una nueva vía que permitía superar las disquisiciones teóricas surgidas en decisiones anteriores en relación al filtrado[507], al tiempo que aclaraba y facilitaba la adopción de medidas cautelares específicas de bloqueo de páginas web infractoras de derechos de propiedad intelectual en buena parte de los Estados miembros de la Unión, entre los que cabe destacar particularmente tanto a Alemania[508] como al Reino Unido[509].

La segunda resolución es la respuesta que a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el año 2017, en el conocido como "caso Ziggo/XS4ALL", relativo a las solicitudes presentadas contra dos proveedores de servicios de acceso a Internet para que se les ordenase el bloqueo de los nombres de dominio y las direcciones IP asociadas al *tracker* The Pirate Bay (TPB)[510], en el sentido de apreciar que, pese a no alojar ninguna obra protegida, constituye comunicación al público el indexado de enlaces y "*metadatos relativos a obras*

---

506 Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, en el asunto C-314/12, en el procedimiento entre *UPC Telekabel Wien GmbH* contra *Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. Párrafos 55 y 56.

507 Como, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, en el asunto C-70/10, en el procedimiento entre *Scarlet Extended SA* y *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL* (SABAM), y de 16 de febrero de 2012, en el asunto C-360/10, en el procedimiento entre *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* y *Netlog NV*. Cfr. C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, *op. cit.*, pág. 103.

508 *Vid.* M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, *op. cit.*, págs. 166 a 174.

509 Véase J. RIORDAN, «Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law», *op. cit.*, págs. 281 a 291; y M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, *op. cit.*, págs. 195 a 200.

510 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017, en el asunto C-610/15, en el procedimiento entre *Stichting Brein* y *Ziggo BV y XS4ALL Internet BV*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, [cuando ello] *permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer)*"[511]. Toda vez aclarada en estos términos la interpretación del concepto de comunicación pública recogida en el artículo 3.1 DDASI, el asunto volvió al tribunal remitente, dictándose sentencia condenatoria por parte del alto tribunal neerlandés el 29 de junio de 2018, siendo ratificada en apelación el 2 de junio de 2020, ordenándose el bloqueo y el mantenimiento del mismo de los dominios, subdominios y direcciones IP utilizados por TPB especificados en la demanda, en un plazo de 10 días, así como de cualesquiera otros adicionales que pudiese habilitar el *tracker* condenado para intentar eludir la acción de la justicia —lo que se viene denominando como bloqueo *dinámico*[512]— , una vez que el demandante notificase su existencia a los ISPs por correo certificado o electrónico[513].

La Comisión Europea ya había resaltado la idoneidad de medidas judiciales de bloqueo de páginas web más proactivas y dinámicas, orientadas a evitar la pérdida de efectividad por cambios en los dominios objeto de las mismas, en los siguientes términos:

> "Los mandamientos judiciales dinámicos son un posible medio para abordar este inconveniente. Son mandamientos judiciales que pueden dictarse, por ejemplo, en casos en que materialmente el

---

511 Véanse párrafos 36 a 38 y 42 a 45.

512 En el epígrafe 5.9.2.4.3 del Capítulo Quinto veremos un par de ejemplos en nuestra jurisprudencia de la aplicación de este tipo de medidas *dinámicas*, como son la Sentencia 15/2018 del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 12 de enero y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 11 de febrero de 2020, en los autos del juicio ordinario nº 2174/2019, ambas en relación al bloqueo de páginas dedicadas a la comunicación pública no autorizada de obras protegidas mediante *streaming*. Téngase en cuenta que, tal y como explicaremos, la acción frente a los intermediarios introducida por el legislador español a la hora de transponer la DDASI fue más allá de la inicialmente establecida por el comunitario pues, además de permitir su ejercicio como medida cautelar, es decir, lo previsto específicamente en el artículo 8.3 DDASI, el español habilitó la petición de suspensión de servicios como pretensión principal a través del artículo 139.1.h) TRLPI.

513 *Gerechtshof Amsterdam, afdeling civiel recht en belastingrecht, team I. Zaaknummer: 200.243.005/01. Zaak-/rolnummer rechtbank Den Haag: 374634 / HA ZA 10-3184. Arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 2 juni 2020, inzake* ZIGGO B.V. *en* XS4ALL INTERNET B.V., *tegen* STICHTING BREIN. Párrafos 4.1 a 4.3. *<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2020:1421>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> mismo sitio web esté disponible inmediatamente después de emitirse el mandamiento con una dirección IP o URL diferente y redactarse de manera que también cubran la nueva dirección IP o URL sin la necesidad de un nuevo procedimiento judicial para obtener un nuevo mandamiento judicial. [...] Si bien esta cuestión no se aborda expresamente en la [DDASI], la Comisión considera que, bajo la condición de que se proporcionen las salvaguardas necesarias, tales mandamientos judiciales pueden ser un medio eficaz para prevenir la continuación de una infracción de [derechos de propiedad intelectual]."[514]

La repercusión del caso Ziggo/XS4ALL ha sido notable en el plano judicial nacional, aplicándose la interpretación del TJUE de que aquellos administradores de páginas y sitios P2P que realizan sus labores con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, proporcionando acceso a obras protegidas, a través del indexado y catalogación de enlaces P2P o *magnet* que permiten a sus usuarios localizar dichas obras y compartirlas a través de una red P2P, clasificándolas y habilitando su búsqueda por categorías basadas en la naturaleza de dichas obras, su género o su popularidad, desempeñan papel un ineludible en la puesta a disposición de tales obras, por lo que debe considerarse que dichos administradores cometen de manera directa actos no autorizados de comunicación pública[515]. Como veremos en el Capítulo Quinto del presente trabajo,

---

514 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. COM(2017) 708 final. Bruselas, 29 de noviembre de 2017. Directriz IV, número 4, *in fine*. Entre corchetes propio.

515 En este sentido y sin descender a las numerosas resoluciones nacionales en primera instancia que han venido aflorando desde entonces, sí que merece la pena al menos mencionar, por su importancia, los pronunciamientos del *Patent- och marknadsöverdomstolen* (PMÖD) sueco, que es la más alta instancia en ese país en materia de propiedad intelectual, ordenando a B2 Bredband, uno de los principales proveedores nacionales de acceso a Internet en ese territorio, a bloquear el acceso de sus usuarios a las páginas web de The Pirate Bay y Swefilmer, en resolución fechada el 13 de febrero de 2017, asunto PMT 11706-15. Véase comentario crítico con la medida en K. SZKALEJ AND S. WOLK, *Blocking injunctions against ISPs in Sweden – the Swedish court doesn't wait for the CJEU*. KLUWER COPYRIGHT BLOG. March 1, 2017. Disponible *online* en: *<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/03/01/blocking-injunctions-against-isps-in-sweden-the-swedish-court-doesnt-wait-for-the-cjeu/>*; y el del Tribunal Supremo Austríaco en

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el caso Ziggo/XS4ALL ha encontrado eco en España y servido de guía efectiva a los tribunales españoles.

Sin duda, la extensión del concepto de comunicación pública promovida por la interpretación del TJUE[516] de la normativa comunitaria en el sentido apuntado, ha convertido a la petición judicial de medidas cautelares consistentes en bloquear el acceso del público a páginas P2P infractoras de derechos de propiedad intelectual en una herramienta efectiva a nivel nacional dentro de la UE, siempre y cuando pueda probarse el ejercicio de un rol activo en el indexado y administración de los enlaces P2P por parte de los responsables de dichos sitios. Como viene demostrando la practica judicial más reciente, los tribunales europeos son cada vez más proclives a ordenar bloqueos dinámicos que impidan qué, mediante el uso de *proxies* o *mirrors*, el contenido de la página bloqueada sea duplicado a través de otros nombres de dominio y páginas web, no incluidos o no registrados en el momento de autorizarse el bloqueo, impidiendo así que quien es el sujeto de la medida dictada pueda salvar la eficacia de la misma[517].

Oberster Gerichtshof —No. 4 Ob 121/17y— 24 October 2017. Véase EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *IPR Enforcement Case-Law Collection: The Liability and Obligations of Intermediary Service Providers in the European Union*. Alicante, EUIPO, August 2019. Pág. 37.

516 Véase, en general, J. B. NORDEMANN, «Website Blocking under EU Copyright Law», en E. ROSATI (ed), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*. London—New York, Routledge, 2021. Capítulo 18.

517 Así, por ejemplo, el Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) sueco ordenó al proveedor de acceso móvil a Internet Telia, el bloqueo por parte de sus usuarios a trackers y páginas P2P como The Pirate Bay, Dreamfilm, Nyafilmer, Fmovies, así como a sus respectivos *proxies* y *mirrors*, en resolución dictada el 29 de junio de 2020, asunto PMT 13399-19. Comentario en N. MALOVIC, *Swedish Patent and Market Court upholds Sweden's first dynamic blocking injunction*. THE IPKAT. July 2, 2020. <*https://ipkitten.blogspot.com/2020/07/swedish-patent-and-market-court-upholds.html*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN EL PLANO INTERNACIONAL DEL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS PROTEGIDOS A TRAVÉS DE REDES P2P

4.1. INTRODUCCIÓN.

La jurisprudencia ha jugado —y jugará sin duda también en el futuro—, un papel de gran relevancia a la hora de perfilar la responsabilidad derivada del intercambio de archivos a través de redes P2P.

En una primera fase, las acciones iniciadas para frenar las infracciones de derechos de autor que se venían cometiendo a través de este tipo de redes de comunicaciones tuvieron como objetivo principal a quienes habían desarrollado los diversos programas informáticos que permitían dicha actividad. El hecho de que muchas de las aplicaciones que seguían los primeros modelos de diseño de aplicaciones P2P creasen sus propias redes de intercambio recomendaba el enfoque procesal de intentar obtener condenas en base a su posible responsabilidad indirecta o subsidiaria en las infracciones cometidas por terceros haciendo uso de las mismas.

En un segundo momento y obedeciendo a un cambio de estrategia por parte de los grandes grupos de titulares de derechos perjudicados por el intercambio de obras protegidas, la apertura de procedimientos judiciales se extendió a aquellos usuarios que infringían de manera directa los derechos de los titulares.

Finalmente, y como consecuencia de la evolución en la arquitectura de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos en red que hemos descrito en la sección anterior, buscadores, *trackers* y titulares de páginas web han visto su responsabilidad puesta en tela de juicio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En la presente sección estudiaremos el tratamiento jurisprudencial que se le ha venido dando al intercambio de archivos a través de redes P2P, principalmente desde la óptica de la responsabilidad indirecta o subsidiaria, de acuerdo con el esquema de la evolución histórico-tecnológica del problema, tal y como hemos expuesto este proceso en el Capítulo Tres del presente trabajo, mediante el análisis, sin ánimo exhaustivo, de las principales resoluciones judiciales dictadas a nivel internacional en la materia.

4.2. DECISIONES RELATIVAS AL PRIMER MODELO DE APLICACIONES P2P.

El alto nivel de centralización, la existencia de índices o directorios de los archivos disponibles y la gestión de las descargas mediante los mismos, es decir, las características técnicas más significativas del primer diseño de aplicaciones P2P, constituyen también el flanco jurídicamente más vulnerable de quienes optan por este modelo. Napster, ejemplo arquetípico del mismo, fue el primer caso en llegar a los tribunales a finales de la década de los noventa como consecuencia de los procedimientos iniciados en su contra a instancias de la industria fonográfica norteamericana[1].

En líneas generales, Napster articuló su defensa principalmente en base a dos argumentos. El primero sostenía que muchas de las actividades de sus usuarios podían constituir excepciones legítimas al derecho exclusivo de los demandantes, de acuerdo con la doctrina norteamericana del *fair use*[2]. Entre ellas destacaban, a criterio de

---

1 *A&M Records, Inc.* v. *Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000); 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001) y 284 F.3d 1091 (9th Cir. 2002). Para su análisis jurídico, véase R. GIBLIN, *Code Wars. 10 Years of P2P Software Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2011. Págs. 18 a 45. En nuestra doctrina, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Granada, Editorial Comares, 2010. Págs. 221 a 226; R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007. Págs. 97 a 108, y M. ÁNGEL BOUZA Y M. CASTRO MARQUES, «El caso Napster», en ADI, tomo XXI (2000), pág. 436 y ss.; J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet», PE. I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 6 (2000), pág. 65 y ss.

2 Conforme al 17 USC § 107, *"[T]he fair use of a copyrighted work ... is not an infringement of copyright."*. Sobre el *fair use*, véase, en general, W. F. PATRY, *The Fair Use*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Napster, el *sampling*, que tiene lugar cuando un usuario hace una copia temporal de la obra para decidir sobre su posterior adquisición; el *space-shifting*, cuando se accede vía Napster a una obra que ya se posee legalmente, generalmente en formato CD; o la distribución autorizada de grabaciones por parte de los mismos artistas[3]. La pretensión fue rechazada de plano en primera instancia y en apelación prácticamente en idénticos términos[4].

El segundo argumento defendía que la naturaleza dual de las aplicaciones P2P, es decir, su capacidad potencial para permitir tanto usos legales como prohibidos en relación a la infracción de derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con la línea jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo en el conocido como caso Betamax[5], permitía establecer una causa de exoneración de responsabilidad derivada de la misma. Tampoco prosperó. Manteniendo la opinión del juzgador de primera instancia, el tribunal de apelación encontró a Napster responsable subsidiario o indirecto de la infracción de derechos de propiedad intelectual cometidos por sus usuarios de acuerdo con las doctrinas jurisprudenciales de *contributory infringement* y de *vicarious liability*[6].

De acuerdo con la primera teoría, Napster era responsable, en primer lugar, por tener conocimiento efectivo de que ciertos contenidos ilegítimos estaban disponibles en su red, por estar en

---

Privilege in Copyright Law, second edition. Arlington, BNA Books, 1995; P. SAMUELSON, «Unbundling Fair Use», FORDHAM LAW REVIEW, volumen 77, número 5 (2009), pag. 2537 y ss.; y S. LÓPEZ MAZA, *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Granada, Editorial Comares, 2009, págs. 26 a 32

3 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001) III. B. [8] pág. 1014.

4 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), III. B. y VI. A.

5 *Sony Corporation of America* v. *Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984). Véase C. FERNÁNDEZ NOVOA, «El Derecho de Autor ante las nuevas tecnologías (el caso Betamax)», ADI, tomo X (1984-1985), págs. 17 a 30; y R. S. ROSEN, *Music and Copyright*. New York, Oxford University Press, 2008. Págs. 556 a 559; J. LITMAN, «The Sony Paradox», CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW, volumen 55, número 4 (2005), pág. 917 y ss.; y J. LITMAN, «The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins Meets the Boston Strangler», en J. C. GINSBURG AND R. C. DREYFUSS, *Intellectual Property Stories*. New York, Foundation Press, 2006. Pág. 358 y ss.

6 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), IV, V y VI. B. Sobre "*contributory liability*" y "*vicarious liability*" véase, en general, M. B. NIMMER AND D. NIMMER, *Nimmer On Copyright*, volumen III. New York, Matthew Bender, 2003, § 12.04[A][1] y [2].

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

condiciones de haber bloqueado el acceso de quienes cargaban dicho material en el sistema y no haberlo hecho, y por no haber eliminado dichos contenidos, habiendo estado en condiciones de hacerlo;[7] y en segundo lugar, por haber contribuido materialmente a la actividad infractora realizada por sus usuarios, pues sin la provisión de los servicios que ofrecía a éstos, especialmente el índice de archivos existentes en la red, los usuarios no habrían sido capaces de encontrar y descargar los MP3 que querían con la facilidad y rapidez que Napster les ofrecía. De este modo, el tribunal entendía que Napster proporcionaba el medio y los recursos necesarios para la comisión de las infracciones de derechos[8]. De acuerdo con la segunda teoría, Napster era responsable por haber contado con la posibilidad de controlar las actividades de sus usuarios —pues éstos tenían que registrarse como tales para acceder a la red creada por Napster—, y haber renunciado a ejercer dicho control, al tener un interés económico en la continuidad de las actividades infractoras desarrolladas por generarle un importante beneficio comercial[9].

El caso Napster supuso la primera piedra de toque de la DMCA, no reconociendo los tribunales norteamericanos que la actividad realizada por este primer modelo de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos pudiese gozar de la excepción establecida para los ISP[10], al no ser capaz Napster de demostrar que desconocía que tanto los archivos puestos a disposición de los usuarios de su aplicación, como las actividades desarrolladas por éstos, contravenían normas de derecho de autor, requisito éste necesario para la aplicabilidad de la excepción[11]. Sin embargo, la condena de Napster no supuso el abandono automático de este primer modelo de diseño de aplicaciones, por lo que se han dictado un número significativo de resoluciones judiciales que, en función de las particularidades propias de cada jurisdicción, llegaron a parecidas conclusiones que el tribunal

---

7 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), IV. A

8 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), IV. B

9 Caso *Napster*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), V

10 En concreto la excepción contenida en § 512(d). Cfr. *A&M Records, Inc.* v. *Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000), pág. 919, nota 24; afirmada en *A&M Records, Inc* v. *Napster, Inc.*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001), VI.(B), párrafos 79 a 84.

11 17 U.S.C. § 512(d)(1)(A) y (B)

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

del caso Napster siguiendo, en mayor o menor medida, las líneas maestras de los razonamientos jurídicos en él manejados.

En Estados Unidos, por ejemplo, Aimster compartió el mismo destino que Napster, en buena medida por contar con un índice de archivos disponibles que favorecía la búsqueda de recursos entre sus usuarios[12]. La pérdida de financiación que padeció la compañía Scour tras las primeras acciones judiciales iniciadas contra ella y que a la postre acarrearían su bancarrota, impidieron una resolución judicial sobre Scour Exchange, un servicio de intercambio de todo tipo de archivos más centralizado que el propio Napster pero con una posición jurídicamente más fuerte al haberse respetado mucho más escrupulosamente la normativa vigente en materia de propiedad intelectual a la hora de diseñar su funcionamiento, por gozar de un alto porcentaje de tráfico legítimo de archivos entre sus usuarios y, finalmente, por no haber comprometido públicamente su posición con actos propios de enfrentamiento con la industria del entretenimiento, de la que provenía uno de sus principales inversores, antiguo directivo de Disney[13].

En una posición mucho más vulnerable estaba, sin embargo, Audiogalaxy, cuyo servicio de intercambio de archivos musicales se encontraba centralizado a través de su propia página web, de manera casi idéntica al de Napster. Los usuarios de su cliente se conectaban a

---

12 *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cfr. pág. 655. Véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 47 a 57; R. L. CLAYTON, «The Aimster decision», THE NATIONAL LAW JOURNAL. Monday, August 4, 2003; E. MILES, «In re Aimster & MGM, Inc. v. Grokster, Ltd.», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 19 (2004), pág. 21 y ss.; M. A. LEMLEY AND R. A. REESE, «Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation», STANFORD LAW REVIEW, volumen 56 (2004), págs. 1.358 a 1.362; y, entre nuestra doctrina, especialmente a R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 110 a 114, a quien nos remitimos para el análisis de la interpretación restrictiva que hace en este caso el tribunal de apelación de la doctrina Betamax en el sentido de entender como un factor adicional a la hora de aplicación de la misma, la probabilidad de realizar usos no infractores.

13 Véase W. W. FISHER III. *Promises to Keep; Technology, Law and the Future of Entertainment*. Stanford, Stanford University Press, 2004. Págs. 112, 114 a 116; J. BORLAND, «Well-scrubbed business plan not enough for Scour», CNET NEWS. September 7, 2000. *<http://news.cnet.com/Well-scrubbed-business-plan-not-enough-for-Scour/2100-1023_3-245445.html>*; y P. J. HUFFSTUTTER, «Scour's Assets Go to Rival for $9 Million», Technology, LOS ANGELES TIMES, Technology. December 13, 2000. *<http://articles.latimes.com/2000/dec/13/business/fi-64827>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ella usando el *software* de Audiogalaxy para poder tener acceso a los archivos musicales disponibles en la red, los cuales eran clasificados en un índice automatizado que facilitaba las búsquedas[14]. Un mes después de la presentación de la demanda de las principales sociedades colectivas de gestión de derechos, Audiogalaxy llegaba a un acuerdo extraprocesal para evitar tener que dirimir la controversia en un tribunal de justicia[15].

Resultan también destacables por este mismo motivo las resoluciones dictadas en relación a la aplicación File Rogue[16], en Japón, cuyo servidor central permitía automáticamente la búsqueda e intercambio de los archivos alojados en la carpeta compartida de sus usuarios de una manera muy similar a como se hacía en Napster; y las diversas decisiones emitidas en relación a Soribada, en la República de Corea, en las que el alto nivel de implicación de la empresa desarrolladora de la aplicación en el mantenimiento y control de la red constituyó un elemento crucial en la delimitación de su responsabilidad, incluso después de haberse rediseñado el servicio haciéndolo aún más descentralizado[17].

En menor medida, también las sentencias dictadas en la República de China que condenaron a los creadores del cliente de

---

[14] Véase, para una descripción de su funcionamiento, K. BALLOU, "R.I.P. Audiogalaxy". June 21, 2002. *<http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675>*

[15] RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA, *NMPA Reach Settlement With Audiogalaxy.com*. RIAA News release. June, 2002. Disponible: *<http://www.riaa.com/newsitem.php?content_selector=newsandviews&news_month_filter=6&news_year_filter=2002&id=333BEE13-B3F7-3989-4957-2009943BB70E>*

[16] *Nippon Columbia Co., Ltd et al.* v *Yugen Kaisha Nippon MMO 2002* (Wa) Case No. 4249 (Tokyo District Court, 29th Civil Division), citadas por A. N. DIXON, «Liability of users and third parties for copyright infringements on the Internet: overview of international developments», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edgard Elgar Publishing, 2009. Pág. 25; y *JASRAC* v *MMO Japan* (Tokyo District Court, 29 January 2003), H17.3.31, Tokyo Dist. Ct. No. 16 Ne 446, citada en M. SCHLESINGER, «Legal issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing*, *op. cit.*, pág. 57. Véase también S. NIIOKA AND J. HUGHES, «The File Rogue Case», disponible en: *<https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/article/hughes_4Mar2009.pdf>*

[17] Véase A. N. DIXON, *op. cit.*, págs. 25 a 27; y M. SCHLESINGER, *op. cit.*, págs. 57 a 59

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intercambio EzPeer y algunos de sus usuarios[18]; y a los desarrolladores del programa Kuro[19], en la República Popular China.

4.3. DECISIONES RELATIVAS AL SEGUNDO MODELO DE APLICACIONES.

La industria del entretenimiento no tardó mucho en iniciar acciones legales contra los desarrolladores de los clientes más populares de la segunda generación del modelo Gnutella. Por un lado, Grokster y Morpheus —en este último caso, contra StreamCast, la empresa propietaria—, por el otro, KaZaA, compañía responsable de la aplicación del mismo nombre y del desarrollo del protocolo FastTrack que todas ellas utilizaban.

Al tener su sede en Países Bajos, KaZaA fue demandada en esta jurisdicción por Buma/Stemra, la sociedad nacional de gestión colectiva de derechos, perdiendo en primera instancia el litigio y siendo obligada a suspender el servicio de descargas de la aplicación P2P desde su página web[20]. Sin embargo, el tribunal de apelación de Amsterdam resolvería en 2002 a favor de KaZaA y tan sólo un año más tarde el Tribunal Supremo neerlandés ratificaría esta decisión, si bien parcialmente[21], exonerando de responsabilidad a la empresa por las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas por parte de sus usuarios, al entender que sólo éstos debían de responder por estos hechos y no quien había puesto en el mercado el programa

---

18 *Global Digital Technology Co., Ltd.*, 2002 Zhen Zi No. 10786 and No. 4559 (Shih-Lin (Taiwan) Dist. Ct. 30 June 2005). Citadas en A. N. DIXON, *op. cit.*, pág. 27.

19 *Shanghai Push Sound Music & Entertainment Co.,Ltd.* v *Beijing Kuro Music Software Exploration Co. Ltd. and Beijing Bo Sheng Fang An Information Technology Co. Ltd.*, (2005). Véase L. XIN, «Safe Harbors and Joint Liability of the OSPs in China - A Comparative Study between the US and Australia and China», March 12, 2009, disponible en: *<http://ssrn.com/abstract=1358467>*, y J. CHAO, «Secondary Liability of P2P-like service in China: Kuro Case and Its Impact», disponible en: *<https://ipo.org/wp-content/uploads/2013/03/JiangChao.pdf>*. *Vid.* también A. N. DIXON, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

20 *Buma/Stemra* v. *Kazaa*, KG 01/2264 OdC. November 29, 2011. Sobre el impacto del caso, véase S. SMITH, «From Napster to KaZaA: The Battle over Peer-to-Peer Filesharing Goes International», DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW, número 8 (2003). Disponible en: *<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2003dltr0008.html>*

21 *Buma/Stemra* v. *Kazaa HR*, December 19, 2003. AMI 2004 9. Comentario en J. KRIKKE, «The Netherlands: Peer to Peer Technology Kazaa», en COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3 (2004), pág. 91 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

informático empleado[22]. Los elementos más importantes del razonamiento del tribunal de apelación neerlandés fueron que a través del *software* ofrecido por KaZaA era posible intercambiar todo tipo de archivos; que no existía posibilidad técnica de distinguir entre intercambios legítimos e ilegítimos de archivos; y que el cierre de KaZaA no impediría que aquellos usuarios que tuviesen copias de su *software* pudieran seguir haciendo uso del mismo para estos fines[23].

En cuanto a StreamCast y Grokster, ambas serían absueltas en 2003 por el tribunal de California que conoció su caso en primera instancia[24] al entender, en primer lugar, que sus aplicaciones eran utilizadas para un número sustancial de usos legítimos y, en segundo término, que la estructura descentralizada de las redes a través de las cuales operaban ambos clientes P2P implicaba un mínimo control de las actividades desarrolladas por sus usuarios[25].

Ni StreamCast ni Grokster facilitaban el intercambio de archivos de la misma manera en que lo hacía Napster, pues ni participaban en las descargas, ni tenían control sobre las actividades de sus usuarios, hasta el punto de que, si desactivasen todos los servidores y ordenadores bajo su control, quienes usasen sus aplicaciones podrían seguir compartiendo archivos sin verse afectados en lo más mínimo. Por ello, la resolución concluía que no se podía apreciar, al contrario que en el caso Napster, responsabilidad indirecta por contribución material a actividades infractoras desarrollados por terceros ni responsabilidad derivada de posición de garante, dado que ni StreamCast ni Grokster estaban en condiciones de supervisar la conducta de los usuarios de sus aplicaciones[26].

---

22 R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, *op. cit.*, pág. 132. Téngase también en cuenta I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada*, *op. cit.*, págs. 232 y 233.

23 W. W. FISHER III, *op. cit.*, pág. 122; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes "peer-to-peer" (P2P)», PE. I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 18 (2004), pág. 34, nota 38.

24 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003). Véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 64 a 66.

25 Seguimos aquí a W. W. FISHER III, *op. cit.*, pág. 123, y a R. SÁNCHEZ ARISTI, *op. cit.*, págs. 117 a 122.

26 Véase M. BARTHOLOMEW, «Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, volumen 32, número 4 (2009), págs. 445 a 470.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tras un fallo en apelación en la misma línea[27], el caso sería finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos[28], a partir de la traslación al ámbito del derecho de autor de la teoría de la inducción a la infracción propia del derecho de patentes o *active inducement*[29]. De acuerdo con la misma, aquel que distribuya un dispositivo con el ánimo de promover su empleo para la infracción de derechos de autor, según pueda acreditarse a partir de sus propios actos, manifestaciones o cualquier otra medida de fomento adoptada al respecto, será responsable de toda infracción resultante cometida por terceros[30]. Entendía así el Tribunal Supremo que,

---

[27] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004). Véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 68 a 71.

[28] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913; 125 S.Ct. 2764; 162 L.Ed. 2d 781 (2005) (en adelante Caso *Grokster*). Véanse, en la doctrina española: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada*, *op. cit.*, págs. 228 a 232; R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 114 a 131; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La sentencia de la corte suprema estadounidense en el caso Grokster: la matizada condena a los operadores P2P», PE. I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 20 (2005), pág. 137 y ss. En doctrina foránea: R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 74 a 87; R. S. ROSEN, *op. cit.*, págs. 563 a 565; R. GIBLIN-CHEN, «On Sony, StreamCast and Smoking Guns», EIPR, volumen 29, número 6 (2007), pág. 215 y ss.; P. SAMUELSON, «Three Reactions to MGM v. Grokster», MICHIGAN TELECOMMUNICATIONS AND TECHNOLOGY LAW REVIEW, volumen 13, número 1 (2006), pág. 177 y ss.; P. GANLEY, «Surviving Grokster: innovation and the future of peer-to-peer», EIPR, volumen 28, número 1 (2006), pág. 15 y ss.; L. A HEYMANN, «Inducement as Contributory Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.» INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, volumen 37, número 1 (2006), pág. 31 y ss.; A. C. YEN, «Third-Party Copyright Liability After Grokster», MINNESOTA LAW REVIEW, volumen 91, número 1 (2006), pág. 184 y ss.; T. A. PARCHER, «The Fact and Fiction of Grokster and Sony; Using Factual Comparisons to Uncover the Legal Rule», UCLA LAW REVIEW, volumen 54 (2006), pág. 509 y ss.; R. GIBLIN-CHEN, «Rewinding Sony: An Inducement Theory of Secondary Liability», EIPR, volumen 27, número 11 (2005), pág. 428 y ss.; D. L. ZIMMERMAN, «Daddy, Are We There Yet?; Lost in Grokster-Land», NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF LEGISLATION AND PUBLIC POLICY, volumen 9 (2005), pág. 75 y ss.

[29] Sobre esta figura, véase D. S. CHISUM, *Chisum On Patents*, volumen V. New York, Matthew Bender, 2001, § 17.04. Sobre la influencia del caso Grokster en la interpretación del elemento volitivo propio de la inducción a la infracción tanto en el derecho de autor como en el derecho de patentes, véase L. J. OSWALD, «The Intent Element of "Inducement to Infringe" Under Patent Law: Reflections on Grokster», MICHIGAN TELECOMMUNICATIONS AND TECHNOLOGY LAW REVIEW, volumen 13 (2006), pág. 225 y ss.

[30] "[…] *one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.*" Caso *Grokster*,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

independientemente de que las aplicaciones P2P desarrolladas por ambas compañías fuesen susceptibles de usos legítimos, su responsabilidad derivaba no del hecho de poner en el mercado ese *software*, sino de fomentar de manera activa entre sus usuarios la realización de dichas actividades ilegales[31].

La importancia del caso Grokster reside precisamente en el establecimiento por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de un nuevo parámetro para enjuiciar la responsabilidad indirecta de quienes desarrollan aplicaciones P2P para el intercambio de archivos que posteriormente son empleadas para infringir los derechos de propiedad intelectual de terceros. El cambio en la arquitectura de aplicaciones P2P que supuso respecto a Napster la llegada del segundo modelo de diseño establecido por Gnutella, del cual Morpheus y Grokster eran ejemplos avanzados, impedía encontrar fundamentos jurídicos sólidos que permitiesen establecer la responsabilidad subsidiaria de las empresas que los habían desarrollado en base a las doctrinas de *contributory infringement* o de la de *vicarious liability*, como reflejaron las decisiones tanto del tribunal de primera instancia como de la corte de apelación.

En el primer supuesto, por una parte no se daba el requisito del conocimiento de las infracciones cometidas por sus usuarios, al no emplearse índice centralizado alguno con los recursos disponibles y no tener StreamCast ni Grokster control sobre los archivos compartidos, hasta el punto que si ambas cesasen en su actividad de un día para otro, desactivando todos los servidores bajo su control, los usuarios de sus productos podrían seguir intercambiando archivos sin interrupción alguna[32]; por otro lado, no se contribuía de manera material a las infracciones cometidas por los usuarios, pues las

---

II. C. Se establecen así dos categorías posibles de responsabilidad indirecta por contribución material a las actividades infractoras desarrolladas por terceros (*contributory liability*): mediante la inducción activa a la infracción a través de determinados actos específicos, como en el caso de Grokster y Morpheus, o a través de la distribución de un mecanismo diseñado para ser empleado en la comisión de infracciones de derecho de autor, si el mismo no permite usos legales de importancia o de cierta relevancia comercial. Véase, caso *Grokster*, 545 U.S., págs. 942 y 943, voto particular del Juez Ginsburg.

31 Caso *Grokster*, I. A., y III. A.

32 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004), II. A. 1, págs. 1160 a 1162.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aplicaciones no proporcionaban el lugar ni los medios para ello, al no crear las redes en las que los archivos eran intercambiados, ni almacenarlos ni indexar los recursos disponibles en las mismas, sino que eran los propios usuarios quienes lo hacían conectándose entre si a través de Internet en las redes que ellos mismos creaban[33].

En el segundo supuesto, era imposible para StreamCast y Grokster controlar las acciones llevadas a cabo por los usuarios de sus aplicaciones, no pudiendo, por ejemplo, impedir a un usuario concreto la realización de actos de intercambio o bloquear una dirección IP determinada, lo cual ponía de manifiesto la nula monitorización o supervisión de las mismas[34]. En consecuencia, el Tribunal Supremo optó por enjuiciar la responsabilidad subsidiaria de StreamCast y Grokster en las infracciones de derechos cometidas por quienes habían empleado sus aplicaciones a tal fin, atendiendo al papel que estas dos compañías habían jugado en la realización de estas actividades ilícitas. Habiéndose constatado que ambas fomentaron de manera activa la realización de las mismas, el Supremo no tuvo problema en acudir a la teoría de la inducción a la infracción para establecer la responsabilidad subsidiaria de StreamCast y Grokster, estableciendo que, también en materia de derechos de autor, quien distribuya un dispositivo con el ánimo de promover su empleo para la infracción de derechos será responsable indirecto de estos.

Tras la sentencia del caso Grokster, la interpretación que pueden llevar a cabo los tribunales de las exenciones de responsabilidad

---

33 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004), II. A. 2, págs. 1163 y 1164.

34 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004), II. B. 1, págs. 1164 a 1166. El Tribunal Supremo llegaría a una conclusión diferente, al considerar, por ejemplo, que si StreamCast era capaz de bloquear las direcciones IP de quienes intentaban monitorizar el tráfico de archivos que tenía lugar haciendo uso de Morpheus, también estaba en posición de bloquear a aquellos usuarios de la aplicación que intercambiaban ilegalmente archivos protegidos, lo cual, técnicamente, parece una cuestión distinta. Véase caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., págs. 920 y 921. De acuerdo con el Supremo, el tribunal de apelación erró al interpretar como irrelevante el no desarrollo por parte de StreamCast y Grokster de herramientas de control, dada la ausencia de una obligación de monitorizar las actividades realizadas por los usuarios de sus aplicaciones, entendiendo el alto tribunal que ésto ponía de manifiesto la deliberada facilitación por parte de StreamCast y Grokster de las infracciones cometidas por sus usuarios. Caso *Grokster*, 545 U.S., III. A., pág. 934.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

previstas en la sección 512 de la DMCA para los ISP, a través de la aplicación de las diversas teorías jurisprudenciales existentes para apreciar la concurrencia de responsabilidad indirecta o subsidiaria, en particular, la de la inducción a la infracción acuñada por el Tribunal Supremo, se ha ido convirtiendo poco a poco en una cuestión crucial para el futuro de muchas empresas tecnológicas de Estados Unidos.

Uno de los casos claves en esta materia, el litigio iniciado por cinco importantes compañías de la industria audiovisual norteamericana contra YouTube, fue decidido en primera instancia a favor de la compañía perteneciente a Google, entendiendo el tribunal que YouTube cumplía los requisitos exigidos por la DMCA para exonerarla de responsabilidad alguna por la carga sin autorización por parte de sus usuarios de copias de obras cuyos derechos de explotación correspondían a las demandantes, al entender que carecía de conocimiento efectivo de que su página web albergaba obras protegidas de las demandantes, por lo que se desestimaba la petición de un billón de dólares en concepto de indemnización por daños y perjuicios[35]. El resultado de la apelación se veía en aquel momento como clave para decidir la cuestión de si puede exigírsele mayor implicación a los ISP en la defensa del derecho de autor en el ámbito digital, en concreto, la necesidad de imponer o no a éstos la obligación de monitorizar los actos realizados por sus usuarios, con el fin de evitar potenciales infracciones[36].

La respuesta del tribunal de apelación en 2012 fue que, efectivamente, YouTube sí estaba en condiciones de acogerse a las exenciones de responsabilidad o *safe harbors* establecidas en la DMCA pero, siendo cierto que el derecho y la capacidad de YouTube de monitorizar potenciales actividades infractoras por parte de sus usuarios no suponía la confirmación *de facto* de la existencia de

---

35 *Viacom Int'l Inc.* v. *YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514 (SDNY 2010)

36 Plenamente consciente de ello, Google ha adoptado una postura activa en la exposición y defensa de la legalidad de su modelo de negocio. Un ejemplo es, como veremos al analizar las decisiones relativas al tercer modelo de aplicaciones P2P de intercambio de archivos, su intervención en el proceso contra el *tracker* IsoHunt —*Columbia Pictures Industries, Inc., et al* v. *Gary Fung and IsoHunt Web Technologies, Inc.*, CV-06-05578 SVW (JCx) (C.D. Cal. Oct. 23, 2013)— mediante la aportación del documento *Brief of Google Inc. As Amicus Curiae in Support of Affirmance*. Docket No. 10-55946. February 8, 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

conocimiento efectivo, no se podía descartar que, en este caso concreto, un jurado no pudiera entenderlo de diferente manera, por lo que quizás ameritaba ser resuelto ante dicha institucion[37]. De vuelta el asunto al tribunal inicial, el fiel de la balanza favoreció completamente a YouTube confirmando que no había tenido conocimiento efectivo de las infracciones de las obras que la parte demandante alegaba, que la plataforma tampoco había creado una situación de ignorancia intencional para evadir su responsabilidad respecto de dichas hipotéticas violaciones de derechos y, por último, que pese a saber que parte de sus usuarios llevaban acabo actos infractores de derechos de propiedad intelectual de terceros, ello no impedía que se beneficiasen de las excepciones de responsabilidad establecidas en la DMCA, en la medida que el tribunal no consideró acreditado que YouTube hubiese inducido a sus usuarios a cometer infracciones o participado en ellas[38]. Tras anunciar Viacom un nuevo recurso de apelación, en 2014 se conocía que las partes habían alcanzado un acuerdo transaccional para solventar la controversia que duraba ya siete años, cuyos términos no han transcendido, salvo la ausencia de abono de cantidad alguna de dinero entre YouTube y Viacom[39].

La argumentación seguida por el tribunal de apelación y el tribunal del Distrito Sur de New York confirmando que, en la medida en que cumplan con todas las obligaciones que la DMCA les impone, cualquier página similar a YouTube que permita a sus usuarios compartir vídeos y obras audiovisuales, aún siendo de terceros, podrá disfrutar de las excepciones legales de responsabilidad por las potenciales infracciones cometidas por sus usuarios, ha sido seguida por otros muchos tribunales de Estados Unidos en procedimientos de parecido fondo fáctico[40].

---

37 *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012)

38 *Viacom Int'l Inc. et al. v. YouTube et al.*, 07 civ. 2103 (LLS) (SDNY Apr. 18, 2013)

39 J. STEMPEL, *Google, Viacom settle landmark YouTube lawsuit.* REUTERS. Industrials. March 18, 2014. *<https://www.reuters.com/article/us-google-viacom-lawsuit-idUSBREA2H11220140318>*

40 Dos de los principales fueron *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013) y *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC.*, 972 F. Supp. 2d 537 (SDNY 2013).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En Australia y apenas dos meses después de que la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre Grokster y Morpheus se hiciese pública, la Corte Federal de aquel país resolvía la demanda planteada por treinta compañías fonográficas contra la empresa australiana que, poco después de la primera sentencia en el caso KaZaA, había adquirido el *software* y la marca de la compañía europea con el objeto de iniciar su explotación comercial desde el continente austral[41].

A diferencia de Estados Unidos, en Australia la responsabilidad subsidiaria o indirecta por infracción de derechos de autor se encontraba recogida en disposiciones legales de naturaleza estatutaria[42], existiendo la prohibición de "autorizar" de manera directa a un tercero para que llevase a cabo dichas actividades. Esta figura jurídica puede ser considerada, en cierto modo, el equivalente a la teoría jurisprudencial del *contributory infringement* propia del derecho norteamericano en otras jurisdicciones pertenecientes al

---

41 *Universal Music Australia Pty Ltd* v *Sharman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242 (5 September 2005) (en adelante Caso *Sharman*). Véase, R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 127 a 139; J. C. J. LEE, «The ongoing design duty in Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd – Casting the scope of copyright infringement even wider», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 15, número 3 (2006), pág. 275 y ss.; M. SCHRUERS AND J. BAND, «Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd [2005] FCA 1242», comentario disponible en <*http//www.policybandwidth.com/doc/SharmanFinal.pdf*>; y G. PESSACH, «An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third-Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions», VAND. J. TRANS. L., volumen 40 (2007), págs. 4 a 47. Entre nuestra doctrina: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada*, *op. cit.*, págs. 233 a 235; R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, *op. cit.*, págs. 132 a 135; y, especialmente, F. RUZ, «Kazaa y el fin de la revolución. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd [2005] FCA 1242», PE. I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 21 (2005), págs. 143 a 165.

42 Secciones 101(1) y 101(1A), Copyright Act of 1968. Véase Caso *Sharman*, párrafos 358 a 361.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sistema del *common law*, como el Reino Unido[43], Canadá[44] o Australia[45].

En derecho australiano, el concepto de "autorización" no es entendido en un sentido formal e incluye la inactividad y la indiferencia si de ellas se puede inferir permisividad, siendo el conocimiento o la ausencia del mismo un elemento clave para determinar la existencia de "autorización" a la comisión de infracciones por terceros[46]. Partiendo de esta previsión legal, la Corte Federal determinó que Sharman License Holdings había "autorizado" las infracciones cometidas por los usuarios de KaZaA[47] pues, según pudo acreditarse, tenía conocimiento de la realización de dichos actos[48] y estaba en posición de regular la conducta de aquellos[49], cosa que, sin embargo, decidió no hacer[50], optando, en cambio, por estimular la comisión de infracciones mediante la promoción de su aplicación como herramienta idónea para el intercambio de archivos, a través de la petición a sus usuarios de que aumentasen el número de transferencias y, además, mediante la puesta en marcha de una campaña de protesta contra la industria discográfica en la que se animaba a la juventud a intercambiar archivos musicales en señal de

---

43 Véase *CBS Songs Ltd* v *Amstrad Consumer Electronics Plc* (No.1) (HL) [1988] A.C. 1013 [1988] 2 WLR 1191; [1988] 2 All ER 484.

44 *Videre* la sentencia del alto tribunal canadiense en *Law Society of Upper Canada* v *CCH Canadian Ltd* [2004] 1 SCR 339.

45 Para una explicación de por que Australia era un foro mucho más adecuado para los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual que el Reino Unido o Canadá a la hora de iniciar acciones legales contra empresas desarrolladoras de *software* P2P como Sharman, véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 104 a 126.

46 Caso *Sharman*, párrafos 366 a 387. Véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 114 a 126; F. RUZ, *op. cit.*, págs. 158 a 162; y M. JACKSON AND M. SHELLY, «Black Hats and White Hats: Authorisation of Copyright Infringement in Australia and the United States», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 14, número 1 (2005), pág. 28 y ss. Es importante señalar que en este caso, la Corte Federal adaptó el principio de la "autorización", establecido treinta años antes en *University of New South Wales* v *Moorhouse* (1975) 133 CLR 1, al fenómeno de las redes P2P. Cfr. R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, pág. 115 a 119; y G. W. AUSTIN, «Global networks and domestic laws: some private international law issues arising from Australian and US liability theories», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing*, *op. cit.*, pág. 127.

47 Caso *Sharman*, párrafos 420 y 489.

48 Caso *Sharman*, párrafos 181 y 194.

49 Caso *Sharman*, párrafo 235.

50 Caso *Sharman*, párrafo 411.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

disconformidad[51]. Por todo ello, la sala rechazó la aplicabilidad al caso de las previsiones de exclusión de responsabilidad previstas para los ISP en la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*[52].

Vistas ahora con cierta perspectiva y salvando las necesarias distancias, las sentencias de los casos Grokster y KaZaA presentan similitudes[53], de entre las que debemos destacar, en primer lugar, que ambas entienden que la mera distribución de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos en red no es circunstancia suficiente para generar la responsabilidad del fabricante por las infracciones cometidas por sus usuarios[54], debiendo aceptarse que dicho *software* puede ser empleado para determinados usos legítimos[55]. En segundo lugar, que es posible apreciar la existencia de responsabilidad indirecta por las infracciones cometidas, independientemente de la ausencia de un sistema de administración o control centralizado[56], cuando la actividad mayoritariamente desarrollada por los usuarios de estas aplicaciones es de naturaleza ilegal[57] y la empresa desarrolladora del *software* P2P ha decidido fomentar significativamente la realización de dichas infracciones[58] en aras de un mayor beneficio

---

51 Caso *Sharman*, párrafos 81 a 83, 178 y 405.

52 Caso *Sharman*, párrafos 395 a 399.

53 Veáse J. C. GINSBURG AND S. RICKETSON, «Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling», MEDIA AND ARTS LAW REVIEW, volumen 11, número 1 (2006), pág. 1 y ss.; C. ANTONS, «Courting Kazaa – Judicial Approaches Towards P2P Networks in the US and Australia», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3 (2006), pág. 70 y ss.; G. W. AUSTIN, «Importing Kazaa - Exporting Grokster», SANTA CLARA HIGH TECH. L.J., volumen 22 (2006), pág. 577 y ss.; y J. BAND and M. SCHRUERS, «Grokster in the International arena; The merits of Grokster (US) and Sharman (Australia) compared», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 1 (2006), pág. 6 y ss.

54 Caso *Sharman*, párrafos 395 a 399, y Caso *Grokster*, 545 U.S., pág. 913.

55 Caso *Sharman*, párrafos 183 y 184, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., págs. 916 y 917.

56 Caso *Sharman*, párrafo 233, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., pág. 915.

57 Caso *Sharman*, párrafos 181 y 184, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A. pág. 917.

58 Caso *Sharman*, párrafos 78, 86 y 190, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., págs. 917 a 920 y III. A., págs. 932 y 931.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

empresarial[59], sin adoptar medidas técnicas factibles y a su alcance que hubiesen impedido o disminuido en parte estas actividades[60].

Reflejo de su importancia, las enseñanzas de Grokster y KaZaA han sido tenidas en cuenta en diversas jurisdicciones. En la República Popular China, por ejemplo, la corte de apelación del conocido como caso POCO, determinó que la distribución de aplicaciones y tecnología P2P susceptible de usos legítimos no suponía la atribución directa de responsabilidad a quienes las habían desarrollado, sin embargo, el fomento activo entre sus usuarios de la realización de actos de infracción de derechos de propiedad intelectual sí que podía entenderse como inducción a la comisión de los mismos[61].

Como era de esperar, en Estados Unidos el sentido de la resolución del Tribunal Supremo en el caso Grokster tuvo importantes consecuencias para las empresas desarrolladoras de aplicaciones P2P de intercambio de archivos. En un lapso breve de tiempo tras la publicación de la sentencia, muchas reconvertirían su modelo de negocio o pondrían punto final al mismo, generalmente previo acuerdo con las respectivas entidades de gestión colectiva de derechos, mientras que otras preferían enfrentarse a éstas y dirimir su responsabilidad en juicio.

Dentro del primer grupo, Frontcode Technologies, Wayne Chang y MetaMachine, los desarrolladores de las aplicaciones WinMX[62], i2hub[63] y eDonkey2000[64] decidían a finales de 2005 poner punto final

---

59 Caso *Sharman*, párrafos 191 y 192, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., pág. 920 y III. A., pág. 934.

60 Caso *Sharman*, párrafos 194 y 235, y Caso *Grokster*, 545 U.S., I. A., págs. 920 y 921, y III. A., pág. 934.

61 *Guangzhou Shulian Software Technology Co. Ltd. and Shanghai CAV Advertisement Co. Ltd.* v *Guangdong Zhongkai Culture Development Co. Ltd.*, (Shanghai High People's Court, 2008) (PRC). Véase L. XIN, «Safe Harbors and Joint Liability of the OSPs in China…», *op. cit.*, págs. 14 y 15.

62 WinMX se conectaba inicialmente a la red pública OpenNAP, constituida en 1999 a partir de la "decompilación" del protocolo de Napster, siguiendo el esquema de funcionamiento de esta aplicación pionera, pero incorporando la búsqueda e identificación de archivos mediante el uso de la función *hash* y la descarga desde múltiples fuentes, rasgos que, como explicamos, eDonkey2000 había hecho populares.

63 Antiguo programador de Napster, Chang desarrolló una aplicación basada en el modelo centralizado de ésta que supuso un fenómeno social en las universidades norteamericanas equivalente al que había despertado FaceBook. Haciendo uso de Internet2, una red para la investigación y educación establecida entre universidades, entidades públicas

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a la distribución de sus respectivos programas de intercambio. Mientras que i2Hub desaparecía en un período breve de tiempo, no se puede decir lo mismo de las otras dos aplicaciones. En el caso de WinMX, dos grupos diferentes de usuarios conseguían desarrollar parches para modificar su protocolo, evitando que el *software* intentase acceder a la red a través de los servidores centrales de Frontcode que habían sido desconectados y consiguiendo que la red siguiese plenamente operativa[65]. En el caso de eDonkey2000, si bien la aplicación de MetaMachine dejó de ser distribuida, la red se mantuvo también activa al no depender los servidores de la empresa desarrolladora del cliente[66]. La comunidad de usuarios sólo tuvo que

---

y centros de investigación de 50 países, de extraordinaria velocidad y no sujeta a las normales restricciones establecidas para el uso de Internet en los campus. Ante la presión de la RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA (RIAA), Chang optó por abandonar el proyecto, cosa que pudo hacer gracias a que, al igual que en Napster, eliminar el servidor central de la red implicaba la desaparición de la misma. Véase J. BORLAND, *File-swapping gets supercharged on student network*. CNET News. April 29, 2004. Disponible en: *<http://news.cnet.com/File-swapping-gets-supercharged-on-student-network/2100-1027_3-5202107.html#ixzz1LZ30ghPm>*; RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA. *RIAA Targets New Piracy Epidemic On Special High-Speed Campus Network*. RIAA News Releases, April 2005. Disponible en: *<http://www.riaa.com/newsitem.php?content_selector=newsandviews&news_month_filter=4&news_year_filter=2005&id=C7FEB5DE-3869-77B7-2206-FD6E197C0B69&>*; y T. MENNECKE, *i2hub Shuts Down*. SLYCK News. November 15, 2005. *<http://www.slyck.com/story994_i2hub_Shuts_Down>*. El equivalente en España a Internet2 es la RedIRIS, sobre el tema, véase P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Internet y comunicaciones digitales*. Barcelona, Bosch, 2000. Págs. 49 a 51; y L. M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa*. Madrid, La Ley, 2011. Págs. 722 a 727.

[64] La indemnización abonada por MetaMachine a las sociedades colectivas de gestión de derechos ascendió a la suma de 30 millones de dólares. Véase B. HELM, *A Hard Ride For eDonkey*. BLOOMBERG BUSINESSWEEK, Information Technology. October 24, 2005. Disponible en: *<http://www.businessweek.com/magazine/content/05_43/b3956115.htm>*; y C. MCCARTHY, *File-sharing site eDonkey kicks it*. CNET News. September 13, 2006. Disponible en: *<http://news.cnet.com/File-sharing-site-eDonkey-kicks-it/2100-1030_3-6115353.html>*

[65] Véase T. MENNECKE, *Resurrecting WinMX*. SLYCK News. September 23, 2005. *<http://www.slyck.com/news.php?story=925>*; y *<http://www.winmxworld.com/>*

[66] Los servidores son privados, propiedad de quienes participan en la red. Diversas acciones judiciales han tenido lugar para el cierre de los más importantes, sin duda la más destacable la llevada a cabo conjuntamente por las autoridades belgas y suizas en 2006 contra los administradores de los servidores Razorback2. Cfr. MOTION PICTURE ASSOCIATION OF AMERICA. *Belgian & Swiss Authorities Break Razorback2. World's Largest P2P Facilitator Put Out of Illegal Business*. MPAA Press release, February 21, 2006. En la

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sustituir el cliente eDonkey2000 por otros que pudiesen hacer uso de su red[67], principalmente eMule[68], para poder seguir intercambiando archivos libremente. Finalmente, ya en 2006, BearShare optaba por seguir la senda de iMesh[69], llegando a un acuerdo parecido por 30 millones de dólares y pasando a manos de ésta para su reconversión en un servicio de intercambio autorizado[70].

Del grupo de empresas desarrolladoras de *software* P2P de intercambio de archivos que optaron por defender sus intereses en sede judicial tras la sentencia del caso Grokster, es obligado hacer referencia a LimeWire, quizás el último de los grandes clientes clásicos junto a Napster, Aimster, Grokster, Morpheus y KaZaA.

LimeWire seguía el segundo modelo de arquitectura de aplicaciones descrito en este trabajo y hacía uso de la red Gnutella. La

---

actualidad, el colectivo sigue activo y con nuevos servidores plenamente operativos. Véase <*http://www.razorback2.com/*>

67 Como aMule, TrustyFile o MLDonkey.

68 La historia de eMule está íntimamente relacionada con la de eDonkey. Su protocolo fue desarrollado por Hendrik Breitkreuz en 2002 a partir del propio de eDonkey2000 y el funcionamiento de la aplicación es muy similar al de éste. Siguiendo el esquema de diseño híbrido centralizado, eMule comenzó haciendo uso de la red eDonkey para combinarla más tarde con la red Kad la cual, mediante la implementación del protocolo Kademlia, no precisa de un conjunto de servidores que gestionen el funcionamiento de la misma, gracias a la utilización de DHT. eMule ha generalizado el sistema de créditos como un elemento para estimular el intercambio entre pares y combatir el *freeriding*, de tal modo que quien más comparte, gozará de una mayor prioridad en las descargas. Sobre el aspecto técnico de eMule véase, en general, Y. KULBAK AND D. BICKSON, *The eMule Protocol Specification*. Leibniz Center TR-2005-03, School of Computer Science and Engineering, The Hebrew University of Jerusalem. January 2005.

69 En operativo desde 1999, iMesh hacía inicialmente uso de la red FastTrack. Tras ser demandada en 2003 por la RIAA, en julio de 2004, Bridgemar Services, la compañía israelí propietaria de la aplicación aceptaba abonar 4 millones de dólares en concepto de indemnización a las sociedades colectivas de gestión. iMesh reconvirtió su negocio en un servicio de pago, abonando la correspondiente licencia y bloqueando el intercambio ilegítimo de archivos sujetos a derechos de autor entre sus usuarios. En la actualidad se conecta a diversas redes, entre ellas su propia red, eDonkey, Gnutella y Gnutella 2. Véase, S. HANSELL, *File-Sharing Services Seek Pact With Record Studios*. THE NEW YORK TIMES, Technology. September 20, 2005. Disponible *online* en: <*http://www.nytimes.com/2005/09/20/technology/20grokster.html?scp=1&sq=imesh%20settlement&st=cse*>

70 Véase FOX NEWS, *RIAA Gets BearShare Software Distributors to Shut Down*. January 13, 2015. Disponible en: <*https://www.foxnews.com/story/riaa-gets-bearshare-software-distributors-to-shut-down*>. Hasta ese momento BearShare hacia uso de la red Gnutella, más tarde pasaría a compartir las mismas redes que iMesh.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

causa contra ella se abrió en 2006 a instancia de trece compañías discográficas, no siendo hasta mayo de 2010 cuando el juzgado del distrito sur de New York encargado del procedimiento aceptaba las peticiones de fallo rápido de las demandantes por competencia desleal e inducción a la infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre obras fonográficas[71]. Al igual que ocurrió con Grokster y StreamCast, el peso del antecedente del caso Napster unido a la extrema dificultad en probar el desconocimiento de las actividades infractoras desarrolladas por los usuarios de sus aplicaciones y poder defender la ausencia de obtención de un beneficio económico derivado de ellas, requisitos de gran importancia para el juego de la excepción prevista en la sección 512 de la DMCA, seguramente persuadieron a la defensa de LimeWire de la futilidad de intentar buscar amparo en alguna de las excepciones legales previstas para los ISP.

En octubre de 2010 y antes de la celebración de la primera vista del juicio, el juzgado acuerda ordenar el cese de la actividad de LimeWire y suspender la distribución de su cliente P2P[72]. En su auto el juez es rotundo al manifestar que existe una clara analogía entre el funcionamiento de Grokster y el de LimeWire por dedicarse este último de manera intencionada a fomentar la infracción de derechos de autor entre sus usuarios y cooperar con ellos de manera activa en sus actividades ilegítimas[73], constituyendo la base de su negocio el obtener un beneficio de las infracciones cuya comisión voluntariamente induce[74]. Por ello, el tribunal entiende que ha lugar a dictar la orden de cese de la actividad, independientemente de que se pueda solicitar una compensación por los daños y perjuicios a todas luces producidos[75]. Una vez emitida la opinión del tribunal sobre las posibles indemnizaciones por daños que estatutariamente la compañía

---

71 *Arista Records LLC* v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) (SDNY. May 11, 2010).

72 Acordando también la suspensión de "*the searching, downloading, uploading, file trading and/or file distribution functionality, and/or all functionalities.*" Véase *Arista Records LLC* v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) Consent Injunction (SDNY. October 26, 2010).

73 *Ibidem*, pág. 3.

74 *Ibidem*, pág. 8, letra C.

75 *Ibidem*, págs. 4 y 7.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

norteamericana podría tener que pagar[76], y no quedando duda alguna al respecto de la evidente intención del juzgado de aplicar al caso de la teoría de la inducción a la infracción establecida por el Supremo en su sentencia sobre Grokster[77], al poco de iniciarse las sesiones del juicio, LimeWire optó por llegar a un acuerdo con las demandantes y abonar 105 millones de dólares en concepto de indemnización por daños y perjuicios[78].

4.4. DECISIONES RELATIVAS AL TERCER MODELO.

A la vista de lo acontecido con Napster y Grokster podría parecer que la tecnología BitTorrent nacía abocada a sufrir idéntico destino judicial. Sin embargo, las posibilidades de su protocolo no habían pasado desapercibidas para la industria del entretenimiento, especialmente para aquellas empresas que precisaban de herramientas que agilizasen la distribución de contenidos *online* tales como *software*, juegos de ordenador, música u obras audiovisuales. Por ello y poco menos de un año después de la decisión del Tribunal Supremo sobre Grokster, Warner Brothers, 20th Century Fox, Paramount Pictures, Lionsgate y MTV firmaban acuerdos de colaboración[79] con BitTorrent, Inc. para el uso de su tecnología.

En la actualidad, además de BitTorrent DNA, el servicio diseñado a la medida de las necesidades de este tipo de empresas, la compañía

---

[76] Se acordó que las mismas serían calculadas para cada obra afectada, independientemente del número de usuarios que hubiesen infringido los derechos, obteniéndose la indemnización total a partir de multiplicar el importe indemnizatorio individual para cada obra ilegalmente compartida a través de LimeWire por el número total de éstas, 11.205 obras musicales, e independientemente también, de que las demandadas hubiesen sido ya compensadas judicialmente por los infractores individuales de algunas de las mismas. Véase *Arista Records LLC* v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) Opinion and Order (SD NY. March 10, 2011) y Opinion and Order (SD NY. April 6, 2011).

[77] Cfr. también R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, pág. 96.

[78] J. STEMPEL, *Lime Wire to pay record labels $105 million, ends suit*. REUTERS, Internet News. May 12, 2011. <*https://www.reuters.com/article/us-limewire-idUSTRE74B78320110512*>. Con todo, los problemas legales de LimeWire no parece que hayan concluido. Un mes después de aceptar el juzgado de New York la petición de fallo rápido por parte de las compañías discográficas demandantes en este primer caso reseñado, treinta y una editoriales fonográficas presentaban a su vez en el mismo juzgado demanda contra LimeWire en términos similares. Véase *EMI April Music Inc et al* v. *Lime Wire LLC,* No. 10-04695 (SD NY. June 16, 2010).

[79] <*http://www.bittorrent.com/pressreleases*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

norteamericana distribuye la aplicación BitTorrent, un cliente de intercambio de archivos en red que deriva del protocolo original desarrollado por Bram Cohen, y ofrece un buscador web gratuito que permite localizar *torrents*, pero filtrando aquellos resultados que direccionen a contenidos que infrinjan derechos de autor.

A pesar de su indiscutible importancia, el posicionamiento empresarial adoptado por BitTorrent Inc. no es el único elemento que ha jugado a su favor. Por un lado, y tras un primer momento en el que los esfuerzos de la industria del entretenimiento para combatir las infracciones cometidas a través de redes P2P se habían centrado en los desarrolladores de dicho *software* o de los clientes empleados para tal fin, a partir de 2003 todo el empeño se concentró en la persecución individualizada de usuarios[80], llegando a ser demandadas más de 30.000 personas tan solo en Estados Unidos[81]. Por el otro, dadas las características del *modus operandi* del modelo de aplicaciones BitTorrent y la desvinculación existente entre el proceso de búsqueda y el de entrega o descarga, mientras que resulta evidente que aquellos que participan en un *torrent* sí pueden ser responsables directos de las

---

[80] Sobre este cambio de estrategia y los argumentos esgrimidos, véase S. M. LANTAGNE, «The Morality of MP3s: The Failure of the Recording Industry's Plan of Attack», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 18, número 1 (2004), pág. 269 y ss.

[81] Véanse, por todos, W. HENSLEE, «Money for Nothing and Music for Free? Why the RIAA Should Continue to Sue Illegal File-Sharers», THE JOHN MARSHALL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, volumen 9, número 1 (2009), pág. 1 y ss.; D. REYNOLDS, «The RIAA Litigation War on File Sharing and Alternatives More Compatible with Public Morality», MINNESOTA JOURNAL OF LAW, SCIENCE & TECHNOLOGY, volumen 9, número 2 (2008), pág. 977 y ss.; M. SAG, «Twelve Year-Olds, Grandmothers, and Other Good Targets for the Recording Industry's File Sharing Litigation», NORTHWESTERN JOURNAL OF TECHNOLOGY AND INTELLECTUAL PROPERTY, volumen 4, número 2 (2006), pág. 133 y ss. págs. a 288; C. S. CHANNEL, «The Twisted Path of the Music File-Sharing Litigation: The Cases That Have Shaped the Litigation and the RIAA's Litigation Strategy», INTELLECTUAL PROPERTY & TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 16, número 10 (2004), pág. 6 y ss. Para un sumario de las resoluciones más importantes en Estados Unidos, véase: ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *RIAA v. The People Case Archive*, disponible en: <*http://w2.eff.org/IP/P2P/riaa_archive.php*>. La persecución se extendería a otros países mereciendo reseñarse, por su importancia, en Canadá el caso *BMG Canada Inc.* v *Doe*, 2004 FC 488 (Canada Fed. Ct. 31 March) y 2005 FCA 193 (Canada Ct. App. 19 May), en el Reino Unido el caso *Polydor Ltd* v *Brown*, No. HC 05C02035, [2005] EWHC 3191 (Ch) (UK High Ct. Chancery Division, 18 November 2005), en la República Popular China el caso *HKSAR* v *Chan Nai-Ming*, FACC 0003/2007, 18 May 2007.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

infracciones cometidas[82], no hay discusión sobre la imposibilidad de condenar a BitTorrent Inc. como responsable indirecto, bien por contribución material a las actividades infractoras desarrolladas por terceros, o bien por una responsabilidad derivada de su posición de garante[83], aunque, como explica GIBLIN, sí que podría acontecer en caso de llevarse al extremo la interpretación de las teorías de la inducción a la infracción y de la autorización propias de Estados Unidos y Australia respectivamente[84].

De acuerdo con esta autora, el motivo de por que nada de esto ha sucedido aún y que hasta la fecha ningún procedimiento judicial haya sido abierto contra BitTorrent Inc. por una hipotética responsabilidad por hecho ajeno derivada del empleo de su protocolo, cliente o buscador en la comisión de actos atentatorios contra derechos de autor, parece residir simplemente en la toma de conciencia por parte de los titulares de derechos y creadores de contenidos de que, incluso obteniendo una victoria judicial frente a BitTorrent Inc., ésta no

---

82 En este sentido, es de destacar que, además de las acciones contra usuarios individuales, en Estados Unidos han comenzado a tramitarse demandas colectivas contra todo el conjunto de participantes en un *torrent*. Véase *Nu Image, Inc* v. *Does 1 – 6500* Case Nº 11-CV-00301 (RLW) February 4, 2011 (UD DDC); *Camelot Distribution Group, Inc* v. *Does 1 through 5865* Case Nº CV11-01949 DDP (FMOx) March 16, 2011 (US DC CD Cal.); y *Liberty Media Holdings, LLC* v. *Swarm of November 18 to December 8, 2010, Sharing Hash File A3E6F65F2E3D672400A5908F64ED55B66A0880B8 and Does 1 through 5* Case Nº 1:11CV238 April 20, 2011 (US DC SD Ohio). El problema de la identificación de titular de cada dirección IP participante parece haber sido inicialmente resuelto vía *The Cable Privacy Act*, 47 U.S.C. 551(c)(1). Véase *Liberty Media Holdings, LLC* v. *Swarm of November 16, 2010, Sharing Hash File A3E6F65F2E3D672400A5908F64ED55B66A0880B8* 2011 WL 1597495, 2 (SD Cal.) (SD Cal. 2011).

83 Véase R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 151 a 153; R. GIBLIN, «A Bit Liable? A Guide to Navigating the US Secondary Liability Patchwork», SANTA CLARA HIGH TECH. L.J., volumen 25 (2008), pág. 7 y ss.; O. B. VINCENTS, «Secondary Liability for Copyright Infringement in the BitTorrent Platform: Placing the Blame where it Belongs», EIPR, volumen 30, número 1 (2008), pág. 4 y ss. —también en relación al Reino Unido y a Australia—; C. B. VINCENT, «Bittorrent, Grokster, and Why Entertainment and Internet Lawyers Need to Prepare for the Fair Use Argument for Downloading TV Shows», JOURNAL OF INTERNET LAW, volumen 10, número 11 (May 2007), pág. 1 y ss.; B. H. CHOI, «The Grokster Dead-End», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 19, número 2 (2006), págs. 406 y 407; y B. RIETJENS, «Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of BitTorrent», SCRIPT-ED, volumen 2, número 3 (2005), pág. 327 y ss.

84 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 154 a 156.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tendría impacto real alguno en el volumen de infracciones cometidas por terceros haciendo uso de la tecnología BitTorrent[85].

Las razones están en lo que GIBLIN ha denominado realidades propias del mundo del *software* y que difieren enormemente de las premisas del mundo físico que sirvieron de base para el desarrollo de las normas de propiedad intelectual anteriores a la llegada de la revolución digital e Internet[86]. La primera de ellas es la extrema simplicidad que puede llegar a requerir el desarrollo de una aplicación P2P de intercambio de archivos —¡con tan solo seis líneas de código es suficiente!—, unida a la ausencia de inversiones significativas para ello, la posibilidad de hacerlo sin llegar a poseer unos elevados conocimientos técnicos y el nulo coste en tiempo y dinero que requiere el poner en circulación a través de Internet un *software* de estas características[87]. La segunda deriva de la primera y se concreta en la circunstancia de que los desarrolladores de estas tecnologías no tienen por que estar movidos necesariamente por la obtención de un lucro derivado de las mismas[88]. La ausencia de fuertes inversiones para su creación, fabricación y distribución hace perfectamente posible que un número importante de desarrolladores opten por llevar a cabo altruistamente su trabajo, sin buscar más recompensa que el reconocimiento a su labor en los círculos especializados o por llegar a ser el primero en dar con la solución a un problema técnico complejo[89]. La tercera razón deriva de la consolidación del uso de licencias de código abierto para garantizar que, mediante el libre acceso al código fuente escrito para desarrollar una determinada aplicación, ésta pueda ser mejorada o modificada por un tercero con

---

85 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, pág. 159.

86 *Ibidem*, págs. 142 a 147.

87 *Ibidem*, págs. 142 y 143.

88 *Ibidem*, págs. 143 a 145.

89 SourceForge es, sin duda, el ejemplo más claro. Millones de desarrolladores de *software* repartidos por todo el mundo han creado todo tipo de aplicaciones de código abierto en el marco de más de medio millón de proyectos diferentes, lo que convierte a *<http://sourceforge.net>* en el mayor repositorio *online* de herramientas informáticas que pueden ser descargadas, modificadas y distribuidas de manera libre, conforme a los términos de las concretas modalidades de licencias de código abierto bajo la cual éstas hayan sido puestas a disposición del público. Véase *<https://slashdotmedia.com/terms-of-use>* y *<http://opensource.org/licenses>*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mayores conocimientos o necesidades diferentes, redundando esta innovación en beneficio de todos[90]. La fórmula ha sido extensamente empleada desde mediados de la década de los ochenta en todo tipo de aplicaciones informáticas, también en el ámbito del *software* para el intercambio de archivos e información en red, lo cual ha permitido la constante evolución que hemos explicado en el apartado anterior y que una tecnología tan revolucionaria como el protocolo diseñado por BitTorrent Inc. sea distribuida libremente bajo una licencia de código abierto, en vez de optarse por otro tipo de fórmulas propietarias.

Este conjunto de argumentos puede ser extendido más allá de BitTorrent Inc. a todos aquellos que desarrollan y distribuyen aplicaciones BitTorrent, es decir, *software* para el intercambio de archivos a través de redes P2P que haga uso del protocolo desarrollado por la compañía norteamericana[91], pero no sucede lo mismo con los responsables de los *trackers* que, como hemos visto, gestionan los *torrents* y, consecuentemente, el intercambio de archivos, ni tampoco con los responsables de aquellos buscadores de archivos ".torrent" o páginas web que recopilan enlaces *torrent*[92].

Si bien técnicamente distintos, los enlaces *torrent* y los hipervínculos web comparten idéntica funcionalidad: ambos dirigen a los usuarios a un determinado recurso. En el primer caso, al *tracker* que gestiona el *torrent* donde se está intercambiando el recurso en cuestión; en el segundo, a la localización exacta del mismo en Internet. Por ello, entiendo que, si bien podría perfectamente dibujarse una panorámica de las resoluciones judiciales más importantes relativas al uso de la tecnología BitTorrent, ciñéndonos exclusivamente a estos casos, debemos aceptar que la lógica dispone que la completemos con una somera referencia a aquellos dictámenes más relevantes sobre la publicación o comunicación pública de enlaces web que apuntan a contenidos ilícitos alojados en terceros sitios o páginas web.

---

90 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 145 a 147.

91 O. B. VINCENTS, *op. cit.*, págs. 7 y 8; y B. RIETJENS, *op. cit.*

92 R. GIBLIN, *Code Wars*, *op. cit.*, págs. 159 a 161; O. B. VINCENTS, *op. cit.*, págs. 8 a 10; y B. RIETJENS, *op. cit.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En Estados Unidos, la amenaza de acciones legales ha llevado al cierre o transformación de diversos *trackers*, páginas web o buscadores como EliteTorrents[93], Suprnova, LokiTorrent o Ed2k-it, no siendo hasta 2008, cuando recaería la primera sentencia contra un buscador de archivos ".torrent", TorrentSpy. En este caso y tras una resolución previa poniendo punto final al procedimiento debido a la sistemática destrucción de indicios incriminatorios y el falso testimonio de los representantes de la sociedad responsable del buscador, un tribunal federal fallaba[94] en contra de TorrentSpy decretando el pago de la cantidad solicitada por la parte actora, casi 111 millones de dólares, en concepto de indemnización por inducir a la comisión de 3.699 infracciones de derechos de autor.

Lamentablemente, el tribunal no pudo entrar a analizar la responsabilidad de quien ofrece públicamente enlaces a contenidos ilícitos, en el caso de TorrentSpy, hipervínculos *torrent*, sin embargo, otra resolución en esencia diferente y que afecta al popular motor de búsqueda Google, sí que ha aportado interesantes elementos de análisis en relación a la responsabilidad de quienes ponen a disposición del público enlaces a archivos que puedan llegar a infringir derechos de autor titularidad de un tercero[95].

Así, la jurisprudencia ha entendido que Google no viola de manera directa derecho de propiedad alguno al proporcionar entre los resultados obtenidos en una sesión de búsqueda enlaces web a páginas

---

93 A raíz de la operación federal denominada "D-Elite", varios de los administradores de Elite Torrents —no confundir con el *tracker* hispano de nombre parecido, sobre el que hablaremos en el Capítulo Quinto—, fueron condenados a penas de prisión de hasta 18 meses por poner a disposición de los usuarios de dicha página web enlaces a archivos ".torrent", principalmente de obras cinematográficas recién estrenadas o por estrenar. *Vid.* P. S. MORRIS, «Pirates of the Internet, At Intellectual Property's End With Torrents and Challenges for Choice of Law», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 17, número 3 (2008), pág. 294.

94 *Columbia Pictures* v. *Bunnell*. 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007). *Vid.* S. MORRIS, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

95 Si bien es cierto que ya tratados de manera idéntica en *Kelly* v. *Arriba Soft Corporation*, 336 F3d 811 (9th Cir. 2003). Véase B. FITZGERALD, D. O'BRIEN AND A. FITZGERALD, «Search Engine Liability for Copyright Infringement», en A. SPINK AND M. ZIMMER (eds), *Web Search; Multidisciplinary Perspectives*. Cham, Springer, 2008. Págs. 109 a 111.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de terceros en donde se contenga material ilegal[96], aunque se podría derivar su responsabilidad indirecta en caso de haber tenido conocimiento de que dicho material era accesible a través de su servicio y, pudiendo haber tomado medidas sencillas para impedirlo, no lo hubiera hecho así[97]. Aún aceptando que Google asiste de algún modo a las páginas web que albergan dichos contenidos ilegítimos y facilita que el público en general pueda acceder a ellos[98], lo cierto es que la jurisprudencia norteamericana afirma que no se le puede hacer tampoco responsable de dichos actos en virtud de una hipotética posición de garante al carecer de medio alguno de control sobre aquellos actos de distribución o reproducción desarrollados en páginas web titularidad de terceros[99]. Como resulta evidente, el servicio de búsqueda ofrecido por Google y el servicio de búsqueda de archivos ".torrent" ofrecido por otras empresas presentan cierto grado de similitud funcional lo cual, como veremos a continuación, ha permitido plantear el argumento de que no es posible atribuir responsabilidad jurídica a las segundas por poner a disposición del público enlaces *torrent* pues, en definitiva, son meros hipervínculos, independientemente de que conduzcan a la descarga de archivos susceptibles de violar derechos de autor.

Desde 2006, la defensa conjunta del *tracker* TorrentBox, del *tracker* de contenidos para iPod Podtropolis, y del buscador de archivos ".torrent" Isohunt, ha venido haciendo uso de este

---

96 *Perfect 10* v. *Google, Inc., et al.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006), págs. 839 a 845. Para un análisis de este caso en relación con la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano desarrollada en el caso Grokster, véase B. P. WIKNER, «Copyfights to Come: The Ninth Circuit's Contributory Copyright Infringement Analisis and the Inverse Grokster Dilemma», SANTA CLARA LAW REVIEW, número 46 (2006), pág. 921 y ss. En general, A. STROWEL AND V. HANLEY, «Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing*, *op. cit.*, págs. 101 a 104; y B. FITZGERALD, D. O'BRIEN AND A. FITZGERALD, «Search Engine Liability for Copyright Infringement», *op. cit.*, págs. 111 a 113.

97 *Perfect 10, Inc.* v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), pág. 1172. Véase J. BAND, «USA: Copyright Liability of Search Engines Perfect 10, Inc. v. Amazon.com - Court of Appeal for the 9th Circuit - Decision of 16 May 2007» en COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, numero 4 (2007), pág. 109 y ss.

98 *Perfect 10, Inc.* v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), pág. 1172.

99 *Perfect 10, Inc.* v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), pág. 1175, estimando la argumentación de *Perfect 10* v. *Google, Inc., et al.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006), pág. 831 a 858.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

razonamiento sin mucha fortuna[100]. No habiéndose llegado aún al punto final del procedimiento, el tribunal ha manifestado que, a la vista de las pruebas, el propósito de los demandados de inducir a la comisión de infracciones contra derechos de terceros es simplemente manifiestamente abrumador y más allá de cualquier discusión posible, lo cual constituye un elemento diferenciador sustantivo respecto a Google[101]. Las evidencias de mayor peso señaladas por el tribunal han sido la labor de asistencia ofrecida a los usuarios y la implementación de diversos recursos técnicos para facilitar la infracción de derechos de terceros —como un *top* 20 de descargas o un *top* de búsquedas, entre otros—, y, finalmente, la dependencia del modelo de negocio desarrollado por los demandantes en las infracciones masivas de derechos cometidas por sus usuarios[102].

En la República Popular China merece la pena destacar, en primer lugar, el caso que tuvo como protagonista a Baidu, el motor de búsqueda más importante de Asia[103]. Además de las habituales opciones, tales como la búsqueda de noticias, imágenes o videos, Baidu incorporaba la posibilidad de localizar archivos MP3, lo cual

---

100 Véase, en resumen, *Columbia Pictures Industries, Inc.*, v. *Fung*, 2:06-cv-05578-SVW-JC Doc. 391 (C.D. Cal. Dec. 21, 2009), epígrafe V.

101 En línea con lo ya avanzado en *Perfect 10, Inc.* v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), donde el tribunal fue rotundo al afimar que "*Google's activities do not meet the 'inducement' test explained in Grokster because Google has not promoted its search engine specifically to infringe copyrights.*" Cfr. pág. 1170.

102 Ha sido ordenado el cese de las labores de alojamiento, enlace y recopilación de vínculos a archivos ".torrent" realizadas por los demandados, así como cualquier otra de asistencia técnica a sus usuarios y promoción de la búsqueda, publicación e intercambio de enlaces ".torrent", debiendo comenzar a filtrar sus directorios para evitar la inclusión de títulos de obras titularidad de las demandantes y de una serie de términos asociados al intercambio ilegal de archivos en Internet como "warez", "DVDrip", o "screener." *Vid. Columbia Pictures Industries, Inc.*, v. *Fung*, 2:06-cv-05578-SVW-JC Doc. 391 (C.D. Cal. Dec. 21, 2009) y Doc. 426 (C.D. Cal. May 20, 2010). Es de destacar la intervención de Google en el proceso de apelación, defendiendo la resolución del juez de primera instancia, pero puntualizando su interpretación de la DMCA, diferenciando de manera clara su actividad de la de los demandados. Véase *Columbia Pictures Industries, Inc., et al* v. *Gary Fung and IsoHunt Web Technologies, Inc.*, CV-06-05578 SVW (JCx) (C.D. Cal. Oct. 23, 2013). *Brief of Google Inc. As Amicus Curiae in Support of Affirmance*. Docket No. 10-55946. February 8, 2011.

103 Muy por delante de Google y Yahoo!. *Vid.* M. LEE AND E. CHAN, «Baidu outlook rockets after Google exit». REUTERS, Thu. Apr 29, 2010. *<http://www.reuters.com/article/idUSTRE63R5YM20100429>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

llevó a un grupo de compañías discográficas a presentar una demanda por infracción de sus derechos de explotación[104].

La República Popular China reconocía desde 2001, tanto a autores como a productores de fonogramas, el derecho de puesta a disposición del público a través de redes de comunicaciones de tal manera que los miembros de éste puedan tener acceso a las obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija[105]. Conforme a la legislación vigente en 2005, los tribunales chinos, tanto en primera instancia como en apelación, determinaron que Baidu no podía ser considerado responsable indirecto por proporcionar entre los resultados obtenidos en una sesión de búsqueda enlaces web a páginas de terceros en donde se albergasen MP3s de naturaleza ilegal, pues la infracción se producía en servidores y páginas web titularidad de otros[106]. Estas conclusiones, como hemos visto, son idénticas a la que elaborarían los tribunales norteamericanos con relación a Google, coincidiendo incluso en la opinión de que podría establecerse la responsabilidad indirecta del buscador en el supuesto de que sus responsables hubiesen tenido conocimiento de que era posible acceder a dichos contenidos a través de su servicio[107]. Sin embargo, tras la

---

104 *Gold Label Entertainment Ltd.* v *Beijing Baidu Network Information Scien-tech Co., Ltd.*, Civ No. (2005) 7965 Yi Zhong Min Chu Zi (Beijing No. 1 Intermediate People's Court, 17 November 2006). Seguimos la descripción de M. SCHLESINGER, «Legal issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing*, *op. cit.*, págs. 59 y 60; A. STROWEL AND V. HANLEY, «Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks», en A. STROWEL (ed), *Peer-to-Peer File Sharing*, *op. cit.*, págs. 96 y 97; y Q. WIAN, «The New Right of Communication through the Information Netwok in the People's Republic of China». First International Forum on the Content Industry: Legal and Policy Framework for the Digital Content Industry, Shanghai, People's Republic of China, May 2007. Sydney, Sydney University Press, 2008. Págs. 207 y 208.

105 *Copyright Law of the People's Republic of China* (Adopted at the 15th Session of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on September 7, 1990, and Amended According to the Decision on the Revision of the Copyright Law of the People's Republic of China, Adopted at the 24th Session of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on October 27, 2001). Artículos 10(12) y 41. *<http://www.wipo.int/clea/es/text_pdf.jsp?lang=EN&id=857>*

106 A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, pág. 97.

107 La posición de los tribunales chinos era consistente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de ese país con relación a otros procedimientos similares, especialmente *Universal Music Group* v *Jining's Window Information Ltd*, Third Court of Civil Branch, Supreme Court (2005), tal y como explica Q. WIAN, *op. cit.*, págs. 204 a 206.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entrada en vigor en 2006 de un nuevo conjunto de normas que regulaban la responsabilidad de los ISP[108] en relación a las infracciones cometidas por sus usuarios, articulando un conjunto de exenciones que afectan, entre otros, a quienes albergan información facilitada por éstos[109], y a quienes ofrecen servicios de enlace y búsqueda de datos a través de redes de comunicaciones[110], esta interpretación jurisprudencial se vería modificada en el segundo de los casos más relevantes enjuiciados en este país: el procedimiento contra la filial china de Yahoo![111]. En él se juzgaba la responsabilidad indirecta de este motor de búsqueda por la posibilidad de acceder a través de él a contenidos que vulnerasen los derechos de propiedad intelectual de terceros y, al contrario que en el supuesto de Baidu, los tribunales decidieron que Yahoo! había "asistido" a la realización de las infracciones de derechos cometidas, debiendo indemnizar a los titulares de los mismos y proceder a la retirada de dichos enlaces web de su buscador[112]. Esta línea ha sido la seguida también en el caso POCO[113], donde los usuarios subían los enlaces de descarga a la página web existente bajo esa denominación, de acuerdo con las instrucciones de la empresa demandada y ésta a su vez facilitaba dichos enlaces y el *software* P2P necesario a otros usuarios para poder descargar las obras alojadas en terceros servidores[114].

---

108 *Ordinance on the Protection of the Right to Network Dissemination of Information.* Order of the State Council of the People's Republic of China No. 468. Adopted at the 135th executive meeting of the State Council on May 10, 2006. *<http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=6471>*

109 Artículo 22.

110 Artículo 23.

111 *Go East Entertainment Co. Ltd.* v *Beijing Alibaba Information and Technology Co. Ltd.*, Civ No. 02627 Er Zhong Min Chu Zi (Beijing No. 2 Intermediate People's Court, 24 April 2007). En segunda instancia, Gaomingzhongzi No. 1191 (Beijing Higher People's Court, 20 December 2007).

112 *Vid.* A. N. DIXON, *op. cit.*, pág. 23; M. SCHLESINGER, *op. cit.*, págs. 59 y 60; A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, págs. 96 y 97; y L. XIE, «Case Comment: Yahoo and Baidu Search Engine Liability in China.» (March 12, 2009), disponible en: *<http://ssrn.com/abstract=1358453>*

113 *Guangzhou Shulian Software Technology Co. Ltd. and Shanghai CAV Advertisement Co. Ltd.* v *Guangdong Zhongkai Culture Development Co. Ltd.*, (Shanghai High People's Court, 2008).

114 De acuerdo con la descripción dada en SHANGHAI INTELLECTUAL PROPERTY ADMINISTRATION (SIPA). *Ten Typical Cases on Intellectual Property*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En Australia, jurisdicción en la que, tal y como vimos en nuestro análisis del segundo tipo de aplicaciones, la responsabilidad indirecta por infracción de derechos de autor contempla normativamente la prohibición de "autorizar" de manera directa a un tercero la comisión de estas infracciones, la Corte Federal ha venido entendiendo que la inclusión en una página de Internet de listados de hipervínculos web que permitan la descarga directa de archivos desde un tercer servidor supone un supuesto claro de "autorización"[115], desechando cualquier tipo de analogía entre esta actividad y el servicio de búsqueda genérico ofrecido por Google[116]. Por último, recientemente se ha denegado la posibilidad de establecer la responsabilidad indirecta de los proveedores de servicios de Internet por estas descargas, al entender este mismo tribunal que estos no "autorizan" las infracciones de derechos cometidas por los usuarios de sus servicios cuando estos comparten archivos a través de aplicaciones BitTorrent[117].

En Europa también se han dictado, sin duda, un número destacado de decisiones judiciales relevantes. En cuanto a la publicación o comunicación pública de enlaces que apuntan a contenidos ilícitos, los tribunales de Dinamarca[118], Noruega[119], Países

---

Protection in Shanghai in 2008. SIPA, 2008. Disponible en: <*http://www.sipa.gov.cn/zscq/zscqjel/node160/node202/userobject1ai8169.html*>

115 *Universal Music Australia Pty Ltd* v *Cooper* [2005] FCA 972 (14 July 2005), confirmada en apelación en *Cooper* v *Universal Music Australia Pty Ltd* [2006] FCAFC 187 (18 December 2006). La existencia de esta "autorización" es precisamente lo que impide la aplicación de alguna de las exenciones de responsabilidad previstas en la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*. Véanse párrafos 97 a 100 de la primera sentencia citada y párrafos 55 a 60 de la segunda.

116 Literalmente, la Corte manifestó que "*Google is a general-purpose search engine rather than a website designed to facilitate the downloading of music files*". Cfr. *Cooper* v *Universal Music Australia Pty Ltd* [2006] FCAFC 187 (18 December 2006) párrafo 40.

117 *Roadshow Films Pty Ltd* v *iiNet Limited* (No. 3) [2010] FCA 24 (4 February 2010). Véase D. J. BRENNAN, «ISP Liability for Copyright Authorisation: The Trial Decision in Roadshow Films v iiNet», COMMUNICATIONS LAW BULLETIN, volumen 28, número 4 (2010), pág. 1 y ss., y volumen 29, número 1 (2010), pág. 1 y ss.; y J. GYNGELL, «Hollywood, the hungry Chinaman, and the ISP», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 5, número 5 (2009), pág. 302 y ss.

118 *KODA, NCB, Dansk Artist Forbund, Dansk Musiker Forbund & IFPI Denmark*, Case Nos. V.L. B-1943-99 y V.L. B-2089-99 (High Ct. of Justice, Western Div., 20 April 2001). Citado en A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, pág. 91 y 92.

119 *TONO* v *Bruvik*, Civil Case No. 2004/822 (S. Ct. Norway, 27 January 2005). Véase traducción parcial de la sentencia del Tribunal Supremo noruego en IIC, volumen 37, número

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Bajos[120], Suecia[121] y Bélgica[122] no han tenido problemas en determinar la responsabilidad indirecta de aquellos titulares de páginas que albergan listados de hipervínculos web que facilitan la descarga directa de archivos desde terceros servidores, aplicándose una doctrina similar en Bélgica respecto del listado de hipervínculos eD2k[123] y en Alemania en relación a la distribución de un *software* que permitía grabar e intercambiar en red programas de canales de televisión de pago[124]. En Francia las pretensiones de *La Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe* eran rechazadas de plano, llegando los tribunales a la conclusión de que proporcionar enlaces a páginas de terceros que violan derechos de autor dentro de los resultados de una búsqueda efectuada usando Google no es suficiente para derivar la responsabilidad subsidiaria de la compañía norteamericana por estas infracciones[125].

---

1 (2006), pág. 120 y ss., y comentario en A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, pág. 92 y 93.

120 *Stichting BREIN – Techno Design 'Internet Programming' BV*. Zoekmp3 - 15 juni 2006, LJN: AX7579, Gerechtshof Amsterdam, 1157 / 04, revocando *Stichting BREIN – Techno Design 'Internet Programming' BV*. Zoekmp3 - 12 mei 2004, LJN: AO9318, Rechtbank Haarlem, 85489 / HA ZA 0299. Véase A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, págs. 93 y 94.

121 *IFPI* v *T. Olsson*, B 824-99, (Tingsrätt Skövde 1999), B 1009-99 (Göta, Court of Appeals 1999) y B 413-00, (Stockholm Supreme Court 2000), con las salvedades apuntadas por A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, págs. 89 a 91. Veáse M. BOWMAN AND F. LINDBLOM, «Hyper Linking may be a Criminal Offence; The Swedish MP-3 Case», EIPR, volumen 23, número 1 (2001), pág. 55 y ss.; y H. NILSSON, «Different Approaches in Nordic File Sharing Case Law», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 6 (2006), págs. 166 y 167.

122 *IFPI Belgium* v *Beckers*, A.R.K. No. 99/594/C (Antwerp Law Courts, 21 December 1999) y *Beckers* v *IFPI Belgium*, No. 2000/RK/27 (First Chamber, Court of Appeal, Antwerp, 26 June 2001). Cfr. A. STROWEL AND V. HANLEY, *op. cit.*, pág. 92.

123 Como vimos, enlaces que direccionan exclusivamente a archivos localizados en la red eDonkey. Stichting BREIN - Shareconnector: 16 maart 2010, Gerechtshof Amsterdam 200.007.866/01KG.

124 Usando un protocolo derivado de BitTorrent conocido como ByteTornado, el programa Cybersky TV permitía el intercambio de programas de televisión en red. Véase comentario de la sentencia en H. RÖSLER, «Cybersky», IIC, volumen 37, número 8 (2006), págs. 989 y ss.; y también G. SPINDLER AND M. LEISTNER, «Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe», IIC, volumen 37, número 7 (2006), págs. 788 y ss.

125 Véase, en primera instancia, *SAIF c/Google*. TGI Paris, RG n° 05/12117. 20 mai 2008 y, en apelación, CA Paris, RG n° 08/13423. 26 janvier 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por lo que respecta en concreto a la tecnología BitTorrent, los tribunales de los Países Bajos acordaban en 2007 que, al permitir que uno de sus usuarios abriese una página web dedicada a recopilar enlaces a archivos ".torrent" o incluyese un buscador de éstos, el proveedor que proporcionaba dicho servicio al mismo estaba también facilitando estructuralmente la comisión de las infracciones de derechos de autor que pudieran haber tenido lugar[126]. Tras la condena que obligaba a MiniNova, so pena de multa de hasta cinco millones de euros, a filtrar aquellos contenidos que contravenían derechos de autor al entender los tribunales de Países Bajos que este buscador y directorio de enlaces a archivos ".torrent" posibilitaba, inducía y se beneficiaba de dichas infracciones[127], lo cierto es que la vía penal ha sido generalmente la elegida para dirimir la responsabilidad de los titulares de *trackers*, buscadores y páginas que recopilan enlaces *torrent*[128], aunque con resultado ciertamente dispar. Mientras en Finlandia los administradores del *tracker* Finreactor eran condenados como responsables *directos* de las infracciones de derechos de autor cometidas por terceros, al resultar acreditado el conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas a través de su servicio y una participación activa en la administración del servicio —por ejemplo, mediante el control del ratio de carga de dichos usuarios—, rechazando los tribunales que las actividades de alojamiento de enlaces tuviesen que ser consideradas de manera aislada sino que debían de ser evaluadas contextualizadamente atendiendo al funcionamiento del *tracker* en su conjunto[129], y en Suecia, como

---

126 *Stichting BREIN – KPN*: 5 januari 2007, LJN: AZ5678, Rechtbank 's-Gravenhage 276747 / KG ZA 06-14 y *Stichting BREIN – Leaseweb*: 21 juni 2007, LJN: BA7810 Rechtbank Amsterdam, 369220 / KG ZA 07-840 AB/MV. Véase A. N. DIXON, *op. cit.*, págs. 29 y 30. Nótese como, en 2010, a la hora de decidir sobre un supuesto de hecho muy parecido, la Corte Federal Australiana llegó a la conclusión contraria en *Roadshow Films Pty Ltd* v *iiNet Limited* (No. 3) [2010] FCA 24 (4 February 2010).

127 Y esto a pesar de que MiniNova contaba con un servicio de denuncia de enlaces o resultados ilícitos. *Stichting BREIN – Mininova*: 26 augustus 2009, Rechtbank Utrecht 250077 HA ZA 08-1124.

128 Como parecen indicar las acciones emprendidas en los últimos años contra LinkoManija en Lituania, Torrents.ru en Rusia, BTuga en Portugal, y XSweet.net.ua y Pornolab en Ucrania.

129 Seguimos el análisis de M. MANNER, «A BitTorrent P2P Network Shut Down and its Operation Deemed Illegal in Finland», ENTERTAINMENT LAW REVIEW, volumen 19,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

explicaremos a continuación, se alcanzaba también un veredicto de culpabilidad contra los cuatro responsables del *tracker* The Pirate Bay (TPB), en el Reino Unido, sin embargo, se dictaba auto de libre absolución en el primer intento en este país de obtener una pena de prisión para el administrador de un *tracker*[130], y la Fiscalía decidía retirar los cargos contra los dos administradores de FileSoup, un fórum donde se habrían publicado enlaces que permitían la descarga de una obra cinematográfica de reciente estreno[131].

Las acciones judiciales contra TPB han sido, seguramente, las más importantes. Las mismas comenzaron infructuosamente en mayo de 2006, tras el registro de su sede en Estocolmo, la clausura de su página web y el comiso de todos sus servidores, al precisar los responsables del *tracker* tan sólo tres días para retomar su actividad normal desde nuevos servidores fuera de territorio sueco[132]. A

---

número 1 (2009), pág. 21 y ss; y H. NILSSON, *op. cit.*, pág. 169. Véase, en nuestra doctrina, P. GARCÍA MEXIA, *Derecho Europeo de Internet*. A Coruña, NetBiblo, 2009. Pág. 191. El recurso ante el Tribunal Supremo finlandés se resolvió en junio de 2010, incrementando las sanciones económicas impuestas en segunda instancia a los siete administradores del *tracker* en 240.000 euros más. *Vid.* P. HONKASALO, «Criminal Proceedings against the Administrators of a BitTorrent Tracker: Finreactor KKO 2010:47» EIPR, volumen 32, número 11 (2010), pág. 591 y ss.

130 Conocido como Oink's Pink Palace. Descripción de su funcionamiento en J. ZITTRAIN, *The Future of the Internet — And How to Stop It*. New Haven, Yale University Press, 2008. Pág. 197. Mientras que varios usuarios eran condenados por subir ilícitamente contenidos a Oink's Pink Palace a multas y prestación de servicios comunitarios, el administrador de *tracker* era absuelto de la acusación de conspiración para el fraude. Comentario de la decisión en A. WATT, «R v Alan Ellis», E-COMMERCE LAW REPORTS, volumen 10, numero 1 (2010), págs. 18 y 19; véase OUT-LAW NEWS, «File-sharing network operator acquitted of fraud charges», 18/01/2010, disponible en: *<http://www.out-law.com/page-10668>*, para un análisis sobre la inconveniencia de haber optado por la vía penal para enjuiciar la responsabilidad del administrador.

131 C. WILLIAMS, *Prosecutors drop 'piracy' case against film sharing website*. THE TELEGRAPH, Technology News. 24 february 2011. Disponible en: *<http://www.telegraph.co.uk/technology/news/8345801/Prosecutors-drop-piracy-case-against-film-sharing-website.html>*. Véase también TORRENTFREAK, *Scottish File-Sharing Conviction Dismays OiNK and FileSoup Lawyer*. 13 May 2011. *<http://torrentfreak.com/scottish-file-sharing-conviction-dismays-oink-and-filesoup-lawyer-110513/>*

132 Véase *<http://en.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay_raid>*. En el marco de diversos procedimientos judiciales, los tribunales de diferentes países han requerido a los proveedores de servicios de Internet el bloqueo del acceso a TPB desde sus respectivos territorios nacionales, siendo los más relevantes los casos de Dinamarca (*IFPI Denmark* v. *DMT2 A/S* - Frederiksberg Fogedrets Kendelse, 5 Februaray 2008 - FS 14324/2007), Italia

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

principios de 2008, se inicia proceso penal contra los cuatro responsables de TPB por delitos contra los derechos de propiedad intelectual, siendo condenados en abril de 2009 cada uno de ellos a un año de prisión y a hacer frente al pago de un total de casi tres millones de euros en concepto de indemnizaciones y costas[133]. El juez de primera instancia determinó, en primer lugar, que las acciones de quienes comparten archivos a través de la tecnología BitTorrent, *seeders* y *leechers*, constituyen actos ilícitos de comunicación pública cuando se transfiere, sin la debida autorización, obras sujetas a derechos de autor[134], y, en segundo término, que mediante el mantenimiento de una página web desde donde se ofrece un *tracker* y un directorio de los archivos ".torrent" alojados, TPB facilita y promueve la comisión de dichos delitos[135].

Al quedar acreditado que los cuatro demandados, de manera coordinada, habían sido los responsables del desarrollo técnico del *tracker*, de sus operaciones diarias y de la obtención de la financiación necesaria para el mantenimiento de toda su infraestructura a través de la venta de espacios publicitarios en la página web de TPB, el juez entendió que todos habían colaborado objetivamente en la realización de los concretos actos ilícitos de comunicación pública que daban origen al proceso[136]. Aunque sin elaborar demasiado el análisis del elemento teleológico presente en esta colaboración, el tribunal concluyó que los actos de fomento realizados por los condenados

---

(en varias ocasiones, la última en febrero de 2010 por el Tribunal Supremo), Países Bajos (*BREIN - The Pirate Bay*: 22 oktober 2009, Rechtbank Amsterdam 436360 KG ZA 09-1809 WT/RV y *BREIN – Neij*, Kolmisoppi en Warg: 30 juli 2009, voorzieningsrechter Amsterdam 428212 KG ZA 09 – 1092 WT/RV), Suecia y Alemania (*Columbia Pictures Industries Inc. et al* v *CB3ROB Ltd. & Co. KG*, Landgericht Hamburg, Zivilkammer 10, 310 O 154/10, beschluss vom 6.5.2010).

133 Stockholms Tingsrätt, DOM 2009-04-17, Mål nr. B 13301-06. Véase comentario de J. EDSTRÖM AND H. NILSSON, «The Pirate Bay Verdict – Predictable, and Yet…», EIPR, volumen 31, número 9 (2009), pág. 483 y ss.; L. WREDSTRÖM, «The Founders of The Pirate BayGuilty of Accessory to Copyright Infringement – Public Prosecutor v. Fredrik Neij et al.» COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 1, 15 de febrero (2010), pág. 27 y ss.; y el sumario de las actuaciones judiciales contra TPB ampliamente documentadas en: <*http://en.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay_trial*>.

134 J. EDSTRÖM AND H. NILSSON, *op. cit.*, pág. 484.

135 J. EDSTRÖM AND H. NILSSON, *op. cit.*, pág. 485.

136 *Ibidem*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

habían sido realizados intencionadamente, al resultar obvio que tenían conocimiento real de que un número importante de obras protegidas eran accesibles desde su página web y que estas estaban siendo compartidas en red gracias a su *tracker*, debiéndose valorar también que, a pesar de este conocimiento, ninguna medida fue tomada por los demandados para evitar la infracción de derechos de autor por parte de sus usuarios[137].

En noviembre de 2010, el tribunal que conoció el recurso de apelación presentado por los responsables de TPB mantuvo en esencia las conclusiones del fallo apelado, pero redujo la pena de prisión para los cuatro condenados de un año a entre cuatro y diez meses respectivamente, e incrementó el importe de la indemnización a abonar en concepto de daños y perjuicios hasta un total de casi seis millones de euros[138]. En 2012 el Tribunal Supremo sueco confirmó que rechazaba la posibilidad de que los responsables de TPB presentasen ante esta instancia un nuevo recurso de apelación[139], lo cual ponía punto y final al periplo judicial de la mitad de los condenados, presentando los otros dos demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando que su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, había sido violado en tanto en cuanto los servicios automatizados que ofrecía *online* TPB estaban amparados por dicha norma, al permitír del *tracker* el recibir y comunicar información, datos o ideas, muchas de ellas en el dominio público y libres de derechos de autor. La demanda fue rechazada de plano y por unanimidad el 19 de febrero de 2013[140].

Resulta necesario apuntar que sólo durante los procedimientos contra el buscador y directorio de enlaces a archivos ".torrent"

---

137 J. EDSTRÖM AND H. NILSSON, *op. cit.*, pág. 485 y 486.

138 Véase, J. PHILLIPS, *Pirate Bay prosecution: appeal results*. THE IPKAT. November 28, 2010. *<https://ipkitten.blogspot.com/2010/11/pirate-bay-prosecution-appeal-results.html>* y J. HALLIDAY, *Pirate Bay co-founders lose appeal*. THE GUARDIAN. Technology. 26 November 2010. *<www.theguardian.com/technology/2010/nov/26/pirate-bay-founders-appeal>*

139 R. MARTIN, *Supreme Court denies Pirate Bay right to appeal*. THE LOCAL. 1 February 2012. *<https://www.thelocal.se/20120201/38844/>*

140 Sentencia del TEDH (Sección 5ª), de 19 de febrero de 2013, asunto Neij y Sunde Kolmisoppi contra Suecia, demanda nº 40397/12.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MiniNova[141] y los *trackers* Finreactor[142] y The Pirate Bay[143] se intentó defender que las respectivas actividades como suministradores de servicios de la sociedad de la información de cada uno ellos podían ser encuadradas entre aquellas excepcionadas por la DCE, de acuerdo con la correspondiente transposición a la normativa nacional propia de cada jurisdicción. En todos los casos, el argumento fue rechazado, no pudiendo llegarse a acreditar la ausencia de conocimiento efectivo respecto de la ilicitud de la información alojada o de la actividad realizada por sus usuarios, requisito crucial para la aplicación de la exclusión de responsabilidad. En el caso de TPB la sentencia de primera instancia de 2009 destacó que, habiéndose obtenido dicho conocimiento mediante las comunicaciones de los titulares, los responsables del *tracker* decidieron no sólo ignorar los mismos sino, además, burlarse de quienes ponían en conocimiento estos hechos, haciendo públicas las advertencias de los derechohabientes y negando cualquier posibilidad de retirar los archivos ".torrent" o restringir el acceso a ellos[144].

---

141 *Stichting BREIN – Mininova*: 26 augustus 2009, Rechtbank Utrecht 250077 HA ZA 08-1124, párrafos 4.40 a 4.46.

142 M. MANNER, *op. cit.*, pág. 22.

143 J. EDSTRÖM AND H. NILSSON, *op. cit.*, pág. 486.

144 De acuerdo con sus propias palabras, en la otrora disponible <*http://thepiratebay.se/legal*>: "*No action (except ridiculing the senders) has been taken by us because of these. :-)*" y "*0 torrents have been removed, and 0 torrents will ever be removed.*"

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: MARCO NORMATIVO Y RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES

5.1. INTRODUCCIÓN.

En el presente Capítulo desgranaremos el marco normativo existente en España de relevancia con relación a la actividad de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes informáticas descentralizadas, muy en particular, mediante redes P2P. La principal norma de referencia es la Ley de Propiedad Intelectual, a la que acompañan, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como el Código Penal. Cerraremos con un somero análisis de las decisiones judiciales nacionales más importantes dictadas tanto en la jurisdicción civil como en la penal, dejando para el final las resoluciones dictadas en sede administrativa, como consecuencia del procedimiento de salvaguarda de derechos encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura.

5.2. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI), ordena, entre otros aspectos, y tras la reforma de la Ley 23/2006, de 7 de julio[1], que transpuso con cierto

[1] Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE número 162 de 8 de julio de 2006, págs. 25.561 a 25.572.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

retraso la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de las obras por parte de sus legítimos titulares en el entorno digital[2], siendo la última revisión en vigor de esta norma, a la hora de redactar estas líneas, la vigente desde el 4 de noviembre de 2021.

De entre las diversas facultades que integran estos derechos destacan, por su singular importancia en relación al intercambio de archivos a través de redes P2P, los derechos de reproducción[3], de distribución[4] y de comunicación pública de obras[5]. De todos ellos, adelantamos desde este momento que nos detendremos y prestaremos especial atención a la primera de estas facultades, particularmente a las reproducciones provisionales y al límite del artículo 31.1 TRLPI, pues su análisis jurídico entendemos que es relevante en relación al intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P y, además, creemos que estamos en condiciones de aportar, tal y como elaboraremos más adelante, un granito de modesta aportación jurídica original al respecto.

Dejaremos para un epígrafe diferente el estudio de las funciones y la labor encomendada la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, especialmente tras la aprobación de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, desde entonces a la actualidad.

5.3. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN EN EL TRLPI.

Constituyen actos de reproducción aquellas fijaciones directas o indirectas, provisionales o permanentes, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permitan su

---

2 Véase en relación a los mismos: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017. Pág. 275 y ss.; y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Cizur Menor, Thomson—Civitas, 2009.Pág. 173 y ss.

3 Art. 18 TRLPI.

4 Art. 19 TRLPI.

5 Art. 20 TRLPI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicación pública o la obtención de copias[6]. Como advierte SÁNCHEZ ARISTI, no hay que dejarse llevar por la redacción escogida por el legislador y asumir que constituye reproducción únicamente la actividad de fijación, pues la misma alberga también la de multiplicación, es decir, la creación de copias a partir del ejemplar original de la obra[7].

En el ámbito de la trasmisión de archivos a través de redes P2P, la digitalización de una obra, la carga de esta obra digitalizada en el disco duro de un ordenador, el alojamiento de la misma en un servidor accesible a través de Internet, y su descarga en nuestro equipo desde dicho servidor, otro disco duro o una red informática descentralizada, constituyen actos de reproducción de acuerdo con la definición técnico-jurídica establecida en el artículo 18 TRPLI, al no operar limitación legal alguna derivada del medio o la forma empleados para la realización de dichas fijaciones.

En subsiguientes epígrafes analizaremos los diferentes rasgos que conforman la definición de reproducción existente en la actualidad en la normativa española sobre propiedad intelectual, poniendo en relación las circunstancias más relevantes de cada uno de ellos con la actividad concreta objeto de este trabajo.

5.3.1. Fijaciones directas e indirectas.

La calificación de los actos de fijación es independiente, en primer lugar, de que la fijación sea directa o indirecta, en función de si la reproducción se ha efectuado o no a través de una etapa intermedia. Si bien esta distinción no aporta nada que no se entendiese ya incluido en redacciones anteriores de este concepto[8], lo cierto es que el mismo ha venido siendo tradicionalmente construido en base a la premisa de

---

[6] Para la evolución histórica del derecho de reproducción en nuestra legislación véase J. MARCO MOLINA, *La Propiedad Intelectual en la Legislación Española*. Madrid, Marcial Pons, 1995. Pág. 225 y ss.; y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA Y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, Civitas, 1997. Pág. 96 y ss.

[7] R. SÁNCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, *op. cit.*, pág. 315.

[8] Véase R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. Pág. 32; y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 180.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

si la copia ha sido efectuada directamente del original o en etapas sucesivas;[9] en otras palabras, si ésta ha sido efectuada "*tomando como elemento de partida el acceso a una manifestación incorporal o soporte intangible de la obra* (fijación directa*), o bien tomando como matriz una manifestación corporal* (fijación indirecta*), es decir, un soporte tangible de la obra obtenido por vía de fijación.*"[10]

Atendiendo a las nuevas formas de expresión artística y a la proliferación de la creación de obras exclusivamente en formato digital, incorpóreo por naturaleza, nos atreveremos ahora a explorar el potencial ajuste del principio arriba descrito a la realidad digital actual. Varias son las razones que nos animan a ello. En primer lugar porque, actualmente, un número creciente de obras son creadas exclusiva o directamente en versión digital —como en el caso de, por ejemplo, las obras fotográficas—, lo cual implica que, técnicamente, podemos encontrarnos con copias perfectas de igual calidad, en absoluto distinguibles de la obra original. La irrupción de la tecnología ha hecho, ahora sí, que podamos encontrarnos con reproducciones idénticas de obras plásticas, literarias o musicales, de modo que no exista elemento alguno que nos sirva para diferenciar original y copia[11]. Esta identidad debe hacer que nos planteemos la posible diferencia entre realizar una copia de un original y una copia de una copia técnicamente idéntica a aquélla. Si la identidad sensorial y técnica es absoluta, ¿qué sentido tiene seguir diferenciando jurídicamente lo que hombre y máquina perciben como indiferenciable? A nuestro parecer, en el supuesto de obras originales digitales, esto es, aquellas creadas mediante el empleo del lenguaje matemático binario, no vemos inconveniente en que cuando la fijación se haga desde una copia digital exacta de la misma, podamos hablar

---

[9] S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital.* Granada, Editorial Comares, 2009. Pág. 14; y I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.* Granada, Editorial Comares, 2001. Pág. 287, nota 61.

[10] R. SÁNCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, *op. cit.*, pág. 317. Entre paréntesis propio.

[11] Véase B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002. Pág. 189 y ss. Sobre la diferencia entre obras digitales y obras digitalizadas, *vid.* S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 16 a 18.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

también de fijación directa, dejando para aquellas ocasiones en las que la copia no se haga a partir de la obra original o de una copia técnicamente exacta de la misma, el empleo de la clasificación de fijación indirecta.

En segundo lugar y sin olvidar que, conforme a la redacción del artículo 18 TRPLI, la distancia existente entre el lugar en que se encuentra la obra original y el punto en el que se hace la copia, es decir, la posibilidad de que estemos ante una fijación directa o indirecta, es irrelevante a la hora de determinar si se ha producido o no un acto de reproducción[12], no compartimos la opinión de algunos autores que entendemos que afirman que, *aún en el contexto digital*, la grabación desde un soporte material a otro deba de ser entendida necesariamente como un acto de fijación indirecta[13]. Primeramente porque, como acabamos de explicar, dicha fijación puede ser realizada a partir de la obra digital original o de una copia técnicamente exacta de la misma y, en ambos casos, entendemos que parece más correcto considerar ambos como supuestos de fijación directa. En segundo término, porque, a menudo, la fijación de una obra creada exclusivamente en versión digital requiere de manera ineludible el uso de algún sistema o mecanismo tecnológico intermedio. En el caso de una fotografía realizada con una cámara digital, por ejemplo, la toma de la instantánea se fija inicialmente en la unidad de memoria de dicha cámara, por lo que resulta imprescindible la fijación del archivo que la contiene desde este soporte a otro si deseamos simplemente conservar el original, pues el tamaño de las unidades de memoria de dichas cámaras es finito. Dada la naturaleza digital de la obra y la necesidad de tener que emplearse obligatoriamente algún sistema intermedio para su fijación en otro soporte diferente del primero como, por ejemplo, el disco duro de un ordenador portátil, parece más adecuado hablar, en mi opinión, de un supuesto de fijación directa y no de una fijación indirecta, aún a pesar de producirse la fijación de un archivo desde un soporte material a otro.

---

12 S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 13.

13 Entre ellos F. RIVERO HERNÁNDEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Madrid, Tecnos, 2007. Pág. 291.; y M. A. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*. Madrid, Editorial Reus, 2002. Págs. 139 y 140.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SÁNCHEZ ARISTI considera que el almacenamiento de un archivo en una determinada carpeta de nuestro disco duro, particularmente aquella asignada por determinadas aplicaciones P2P para el alojamiento de aquellos archivos que deseamos compartir a través de una red, comporta también un acto de reproducción aunque el usuario ya tuviese esos archivos "*almacenados en otras carpetas del disco duro del ordenador, previo trasvase de la información desde un soporte comercial de audio o de vídeo, o merced a una descarga hecha anteriormente desde Internet.*"[14] Soy de la opinión que esta interpretación sí cabe cuando existe duplicación del archivo en cuestión, pero no en los supuestos de mero desplazamiento del archivo, "arrastrándolo" de una carpeta a otra. Si bien el almacenamiento digital debe ser considerado un acto de reproducción en el sentido en que se produce la fijación en un medio o soporte material como es un disco duro[15], el hecho de su traslado a otra carpeta para su posterior comunicación pública o copia no puede ser entendido como la realización de un nuevo acto de reproducción[16], salvo en caso de que se produzca una duplicación del mismo y nos encontremos, en consecuencia, con dos versiones idénticas del archivo, una en la carpeta inicial y otra en la carpeta asignada para el intercambio de archivos a través de una aplicación P2P de intercambio de archivos.

La primera razón es que la futura comunicación o realización de copias no es un elemento necesario para la calificación de una determinada fijación como un acto de reproducción, por mucho que el alojamiento de un archivo en una determinada carpeta asociada a una

---

[14] R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, págs. 164 y 167; y en R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, *op. cit.*, pág. 412.

[15] En línea con, por ejemplo, S. VON LEWINSKI, «Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias, así como de otros objetos», BOLETÍN DE DERECHO DE AUTOR, enero-marzo (2005), pág. 6.

[16] A mi juicio el hecho de alojar una copia de una obra en dicha carpeta compartida tampoco supone de manera automática la realización de un acto de distribución. Así se ha interpretado también por algún tribunal foráneo como, por ejemplo, la Corte Federal de Ottawa en el caso *BMG Canada Inc. et al.* v. *John Doe et al.* 2004 FC 488, párrafo 28.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aplicación P2P vaya a suponer una posterior comunicación o copia de dicho recurso. La esencia del concepto de la reproducción reside en la idea de fijación o incorporación de la obra a un determinado soporte, con independencia de que finalmente se realicen copias de la misma o de que la obra sea efectivamente comunicada al público[17]. La asignación de un archivo a una determinada carpeta para su posterior intercambio a través de una red P2P supone la realización de una conducta que, como veremos más adelante, puede ser calificada como un acto de comunicación pública, pero no un nuevo acto de reproducción, salvo que se dé el ya comentado supuesto de duplicación del archivo destinado a ser intercambiado.

En segundo lugar, porque una vez fijado un archivo en la unidad de memoria de un computador y en la medida en que no se produzca una nueva fijación en otro medio o soporte distinto al primero, no es posible hablar de nuevas reproducciones. Sólo hay reproducción cuando hay fijación. Si el archivo ya está fijado en un soporte determinado, aunque desplacemos el archivo de una carpeta a otra del soporte, el archivo sigue localizado en el mismo sitio en el que estaba plasmado, es decir, donde ya existía previamente. Sólo habrá, por tanto, un nuevo acto de reproducción, en este caso de tipo directo, cuando dupliquemos el archivo en otra carpeta de nuestro disco duro, cuando lo copiemos en un disco compacto, en la memoria de un reproductor de MP3 o en la de nuestro móvil, y un nuevo acto de reproducción, si bien de naturaleza indirecta, cuando subamos ese archivo a un servidor o lo adjuntemos a un mensaje de correo electrónico, pues en todos estos casos se produce una nueva fijación de la obra en un soporte distinto al inicial.

La asignación de un archivo a una nueva carpeta —por ejemplo, pasando una fotografía de la carpeta "Mis documentos" a la carpeta "Mis fotos"— no implica una nueva fijación en un nuevo medio, pues

---

17 *Vid.* S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 13, citando a su vez a J. MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 226 y 227; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, págs. 173 y 174; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Granada, Editorial Comares, 2008, págs. 24 y 25, citando por su parte a F. BONDÍA ROMÁN, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA Y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 97.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el archivo sigue localizado en el mismo disco duro en el que estaba antes, aunque ahora asociado a una carpeta diferente por el sistema operativo del ordenador, que es la herramienta o *software* que, para una mejor gestión por parte del usuario de los recursos y contenidos disponibles en su equipo, ordena los mismos en carpetas.

Para que el almacenamiento de un determinado archivo, ya existente en nuestro equipo, en la carpeta de recursos compartidos de una aplicación P2P instalada en el mismo pueda ser considerada un nuevo acto de reproducción, y dar así por válida la teoría de SÁNCHEZ ARISTI, será a mi entender, requisito indispensable que vaya acompañado de la duplicación del archivo, pues el mero desplazamiento de una carpeta a otra dentro del soporte en el que estaba ya inicialmente fijado, entendemos que no permite hablar, en rigor, de una nueva fijación. Lo contrario sería, en cierta manera, duplicar la calificación jurídica de un única fijación o reproducción.

5.3.2. Fijaciones totales y parciales.

La calificación de una fijación como reproducción es igualmente independiente de que la misma afecte a toda la obra o sólo a parte de ella. El fragmento, en suma, goza de la misma protección jurídica que el conjunto. Y si bien nuestro legislador, a la hora de articular este concreto derecho de explotación, ha optado por no establecer un umbral sustantivo o cualitativo que, de no alcanzarse, permitiese librar de la infracción a las reproducciones más insignificantes[18], y, por otra parte, el TJUE no ha dudado en afirmar que hasta un extracto de once palabras consecutivas de una obra protegida, en la medida en que contengan "*algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor*", constituye una reproducción parcial digna del mismo nivel de protección como si de una reproducción total se

[18] Algo que exigiría un ejercicio muy fino de ponderación abstracta por su parte, pues abrir demasiado la mano podría causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores o ir en detrimento de la explotación normal de las obras. Advirtiendo de este riesgo, véase R. SÁNCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 322 y 323.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tratase[19]; lo cierto es que es contrario a toda lógica no asumir que hay —y sin duda es ciertamente positivo que exista—, un límite inferior que excluya del consentimiento del derechohabiente aquellas fracciones intelectualmente irrelevantes de una obra protegida.

Entiendo que esta idea es la que subyace, por ejemplo, en las palabras de RIVERO HERNÁNDEZ cuando, al reflexionar sobre la definición de copia contenida en el artículo 1.c) en el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, del 29 de octubre de 1971, llegaba a la conclusión de que "*una copia parcial, de una parte mínima o intrascendente, de una obra protegida no es reproducción en sentido jurídico, y* [...] *sólo la de una parte sustancial de la obra tendrá ese carácter*"[20], y que más allá de los fines de dicho Convenio, no resulta en absoluto descabellado extrapolar esta idea a aquellas reproducciones parciales generadas en otros ámbitos, siempre y cuando sean cualitativamente irrelevantes y no sustanciales, en el sentido de carecer de esencia creativa propia.

Refuerza si acaso esta idea la existencia en el Capítulo II, dedicado a los límites, de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, de las disposiciones de los artículos 32.1 y 32.3 TRLPI que permiten, respectivamente, la inclusión en obra propia de fragmentos de otras ajenas o la reproducción de pequeños fragmentos de éstas, a título de cita o de ilustración con fines educativos. A los efectos del 32.3 TRLPI el legislador especifica que "*se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma.*" [21] Tampoco el "atrevimiento" a, como apunta SÁNCHEZ ARISTI, "*cifrar numéricamente el porcentaje máximo de uso de una obra que permite entender amparada determinada utilización*" *ex* artículo 32.4 TRLPI,

---

[19] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 16 de julio de 2009, en el asunto C-5/08, en el procedimiento entre *Infopaq International A/S* y *Danske Dagblades Forening* (en adelante, "Caso Infopaq"), párrafo 48.

[20] F. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 294, nota 30.

[21] Merced a la aprobación del número cinco del artículo primero de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268 de 5 de noviembre de 2014.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

determinados actos de reproducción parcial, entre otros, que "*se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra*".[22] La aplicación analógica de los límites de los apartados tercero y cuarto del mencionado artículo 32 TRLPI también cabe respecto de otro tipo de obras, como las bases de datos, en la medida en que, tal y como apunta MINERO ALEJANDRE, se cumpla la exigencia de que el uso se limite a "pequeños fragmentos" de las mismas[23].

La última referencia legislativa destacable que entendemos que da también apoyo adicional a esta idea que desarrollamos a partir de las mencionadas palabras de RIVERO HERNÁNDEZ en el sentido de que para que la reproducción parcial de una obra tenga la consideración de copia y precise de autorización por parte del titular de los derechos sobre la misma, ésta ha de ser de cierta entidad o amplitud respecto del total de la obra original[24], lo cual requiere la valoración de la entidad cuantitativa o cualitativa que debe de tener la parte reproducida para ser susceptible de dicha autorización[25], la encontramos, a mi entender, en la redacción del nuevo artículo 129 bis TRLPI que introduce el Real Decreto-ley 24/2021[26], de transposición de la Directiva 2019/790[27], el cual, en relación a los derechos de las

---

22 R. SÁNCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 322.

23 G. MINERO ALEJANDRE, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 691.

24 Así entendemos que lo defiende S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 15.

25 F. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 293 y 294.

26 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 3 de noviembre de 2021.

27 Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, L 130, 17 de mayo de 2019. Ténganse en cuenta las explicaciones ya dadas sobre esta norma en el punto 3.2 del Capítulo Tercero, en relación al régimen que la Directiva establece en su

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias respecto a los usos *online* de sus publicaciones, cuyo apartado sexto, letra c), excluye del conjunto de derechos exclusivos que a estas entidades se les reconoce, entre otros, aquellas reproducciones parciales consistentes en el "*uso de palabras sueltas o extractos muy breves o poco significativos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo*".

Adentrándonos ahora en los actos objeto del presente trabajo, es evidente que en el marco de la realización de actos de intercambio de archivos conteniendo obras del intelecto a través de redes P2P, podemos encontrarnos sin mucha dificultad ante fijaciones totales —la copia en nuestro equipo de un archivo conteniendo una obra audiovisual completa, una película, por ejemplo—, y fijaciones parciales —la descarga de un archivo que contenga simplemente una parte de dicha creación cinematográfica—. En la medida en que dichas fijaciones, totales o parciales, afecten a obras efectivamente protegidas por la ley de propiedad intelectual y no cuenten con la debida autorización de su titular, ni hayan entrado en la esfera del dominio público, es obvio que estaremos ante actos de reproducción no autorizados.

Pero ¿qué sucede en el supuesto de aquellas fijaciones realizadas mediante el empleo de aplicaciones P2P que fragmentan automáticamente el archivo objeto de intercambio en cientos o miles de piezas de mayor o menor tamaño como, por ejemplo, las que usan la red eDonkey o el protocolo BitTorrent? Estamos hablando, recordemos lo explicado en el Capítulo 2 del presente trabajo, de fragmentos tan pequeños como los 9500 kilobytes, en el caso de eDonkey, o las piezas de 256 kilobytes y subpiezas de 16 kilobytes, en el caso de BitTorrent. Esta fragmentación del archivo por parte de eDonkey o del protocolo BitTorrent es una cuestión meramente técnica, en aras de una mayor rapidez en la consecución del recurso por parte de todos los participantes en el proceso de intercambio en red o en el *torrent* concreto de que se trate.

---

artículo 17 para los proveedores de servicios que alojan y facilitan el acceso del público a grandes cantidades de obras o prestaciones protegidas por derechos de autor que hayan sido "cargadas" o "subidas" por sus usuarios.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pongamos un ejemplo para explicar mejor de qué estamos hablando. A la hora de escribir estas líneas, se encuentra ya disponible en el *tracker* RARBG[28], un enlace *magnet* que permite el acceso al *torrent* desde el cual se puede descargar[29] la obra cinematográfica "Dune – Primera Parte", del realizador Denis Villeneuve, estrenada hace poco más de dos semanas.

El archivo de 10,6 GB que contiene esta obra en concreto, se halla dividido en un total de 679 piezas de 16 MB cada una, las cuales podrían encontrarse, a su vez, fragmentadas en otras de menor tamaño, no identificadas en la versión gratuita de µTorrent[30], el programa P2P de intercambio de archivos basado en la tecnología BitTorrent al que he recurrido para realizar esta prueba. Por otra parte, la duración total de la película es de 2 horas y 43 minutos[31], lo cual implica que cada una de esas 679 piezas principales, en el mejor de los casos —es decir, si no están divididas en un segundo nivel en subpiezas menores y si todas ellas contienen una parte equitativa de todas las pistas de audio, video y archivos auxiliares que conforman la versión digitalizada de la película de nuestro ejemplo—, contendrían exactamente 14,4 segundos del total del metraje de la obra compartida o, lo que es lo mismo, un escaso 0,15% de la misma.

¿Cabría considerar la fijación independiente de cada una de estas partes un supuesto de reproducción parcial? Individualmente considerada el 0,15% de una obra parece una parte ínfima en relación al total de la obra original, así que la respuesta parece que debería ser negativa. Cabe, además, la posibilidad de que la distribución de las pistas de audio, video y archivos auxiliares que componen la versión digital de la obra objeto de nuestro experimento no haya tenido lugar de manera equitativa, por lo que una pieza podría tener 14,4 segundos

---

28 *<https://rarbgmirror.org/torrent/otken72>*

29 Nombre del archivo: Dune.2021.1080p.WEBRip.DD5.1.x264-SHITBOX. Enlace: *<magnet:?xt=urn:btih:4d165eae3c3f1c8fcd467e7a9b21add164d6e969&dn=Dune.2021.1080p.WEBRip.DD5.1.x264-SHITBOX&tr=http%3A%2F%2Ftracker.trackerfix.com%3A80%2Fannounce&tr=udp%3A%2F%2F9.rarbg.me%3A2820&tr=udp%3A%2F%2F9.rarbg.to%3A2850&tr=udp%3A%2F%2Ftracker.slowcheetah.org%3A14750&tr=udp%3A%2F%2Ftracker.tallpenguin.org%3A15770>*

30 *<https://www.utorrent.com>*

31 Cfr. *<https://www.imdb.com/title/tt1160419/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de alguna de las pistas de audio del ejemplar a partir del cual fue realizada la copia compartida, mientras que otra podría contener 14,4 segundos de video, y otra parte de los títulos de crédito o de los subtítulos, etc.

Sin embargo y en la medida en que no debemos cuantificar lo que no ha cifrado el legislador a la hora de plasmar negro sobre blanco lo que el artículo 18 TRLPI dispone, desde un punto de vista formal y toda vez valorada de manera individualizada lo efectivamente incluido en esa pieza de 14,4 segundos de nuestro ejemplo, si la conclusión es que contiene una parte creativa trascendente, dotada de relevancia respecto del conjunto de la obra —pensemos, por ejemplo, en algún punto álgido o en el desenlace de la trama—, entonces la fijación[32] de esa reproducción parcial *acreditaría ser merecedora de la misma protección que para el todo establece la norma*, mientras que, en caso contrario, no precisaría autorización previa su realización ni deberíamos considerarla reproducción parcial a ningún efecto.

5.3.3. Fijaciones provisionales y permanentes. El límite del artículo 31.1 TRLPI.

Finalmente, la calificación de una fijación como reproducción es independiente de que la misma se produzca de manera provisional, es decir, cuando los datos sólo se fijan de manera temporal o durante un período breve de tiempo —por ejemplo, cuando tomamos parte en el intercambio de un archivo a través de una red P2P y, antes de completar la descarga del mismo, decidimos poner fin a nuestra participación en la misma conservándose, sin embargo, durante un cierto tiempo en nuestro equipo aquellos datos descargados hasta ese momento—, o de manera permanente, es decir cuando la copia se fija o almacena en un soporte por un espacio prolongado de tiempo, —por

---

[32] Y, pese no constituir parte del argumento sobre el que basamos la opinión arriba manifestada, queremos adelantar que no escogemos este sustantivo por capricho, pues desde un punto de vista técnico-informático, en el cual entraremos en breve al hablar de los distintos sistemas de memoria de los que dispone un computador, cada una de las piezas y subpiezas de nuestro ejemplo se van descargando en el disco duro del equipo. Dicho elemento, como parte de lo que se conoce como "memoria externa", se caracteriza porque los datos que en él se fijan o van fijando lo hacen de manera *permanente* y, además, son plenamente *accesibles* por los usuarios, bien en forma de ficheros, archivos, o documentos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ejemplo, cuando una vez concluida la descarga los datos se mantienen o se conservan en el disco duro de nuestro equipo—.

La distinción entre fijaciones provisionales y permanentes tiene relevancia en relación al intercambio de archivos a través de redes P2P, puesto que, de entre el conjunto de límites que pueden tener incidencia en el derecho exclusivo de reproducción [33], la ley explícitamente menciona la exclusión de las reproducciones provisionales, entendiéndose por estas aquellos actos que,

> "además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la Ley."[34]

Como se puede observar, la excepción amplía la definición de reproducción provisional más allá del sentido que parecía avanzar en un principio la redacción del art. 18 TRLPI, al incorporar la directiva transpuesta[35] una serie de elementos no incluidos en la redefinición del derecho de reproducción llevada a cabo en los Tratados de la OMPI de 1996[36], dando forma a una excepción que, como ha resaltado GARCÍA MEXÍA, es claro fruto de la Sociedad de la Información, afecta exclusivamente al derecho de reproducción y es de naturaleza *obligatoria*, debiendo los Estados miembros de la Unión

---

33 Artículos 31 a 40 bis TRLPI.

34 Art. 31.1 TRLPI.

35 Art. 5.1 DDASI. Véase Considerando 33 y la crítica sobre el procedimiento normativo seguido por el legislador comunitario en J. A. GÓMEZ SEGADE, «Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», en C. ROGEL VIDE (coord.), Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual, Madrid, Editorial Reus, 1999; y «En torno a la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», A.D.I., tomo XXII (2001).

36 Sobre el imposible tratamiento de las reproducciones provisionales en estos Tratados, véase G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria relativa a las reproducciones provisionales en el art. 31 LPI» en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Dykinson, 2008, pág. 346 a 352.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Europea imponerla en todo caso[37]. En suma, como con gran precisión ha sabido destacar RODRÍGUEZ TAPIA, lo que se ha producido es la instauración de "*una excepción al derecho de reproducción, por su carácter ancilar, accesorio de intermediación tecnológica, pero no en la definición del derecho, sino en el capítulo de límites.*"[38]

Tal y como especifica el vigente artículo 31.1 TRLPI, se precisa la concurrencia cumulativa[39] de cuatro requisitos para la posible consideración de ciertos actos de reproducción provisional como susceptibles de no precisar de la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra transmitida: a) ausencia de significación económica propia; b) transitoriedad o accesoriedad; c) formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico; y d) obedecer a la única finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceros o facilitar una utilización lícita. La valoración del primer y el último de los requisitos previstos son, sin duda, las cuestiones más espinosas en el debate sobre el alcance del límite del artículo 31.1 TRLPI[40].

En la práctica, el criterio decisivo para determinar si un acto de reproducción provisional puede beneficiarse o no de la previsión del artículo 31.1 es el de su posible significación económica[41]. A falta de

---

37 P. GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de Internet: hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*. Santa Cristina, Netbiblo, 2009. Pág. 186. El Preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se transpone la DDASI, explica, en su punto II, que "*Este límite responde, fundamentalmente, a la lógica del funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, en las que es necesario realizar una serie de fijaciones provisionales de carácter técnico con objeto de que las obras y prestaciones puedan ser utilizadas por el usuario. Estas reproducciones forman parte en sí mismas del funcionamiento de la red y, por tanto, quedan configuradas como excepción al derecho de reproducción.*"

38 J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 7 de junio y 23/2006, de 7 de julio*. Cizur Menor, Thomson – Aranzadi, 2006. Pág. 78.

39 Como nos recuerdan J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 64 y ss.; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 361 y ss.

40 El significado del atributo "transitorio" ha sido abordado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Caso C-5/08 *Infopaq International A/S* v *Danskee Dagblades Forening* (STJCE de 16 de julio de 2009), llegando el Tribunal a la conclusión de que no constituye un acto transitorio en el sentido del artículo 5.1 DDASI la impresión de parte de una obra protegida, por lo que dicha reproducción precisará de autorización previa del correspondiente derechohabiente.

41 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 65; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 111; y y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 362 a 364.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

indicaciones legales para desvelar el significado pretendido por el legislador, la doctrina ha ofrecido históricamente todo tipo de propuestas sobre el verdadero sentido del término. Así, algunos autores han afirmado que debe entenderse por significación económica propia o independiente en el nuevo entorno tecnológico digital, "*toda reproducción que sirva —siquiera potencialmente— para el uso económico (explotación) o puramente doméstico (utilización) de la obra o prestación y, por tanto, que pueda servir directa o indirectamente al titular de la propiedad intelectual para obtener un rendimiento económico de la obra o prestación reproducida*"[42], mientras que otros abogan por interpretar el concepto como "*la posibilidad de comercializar los contenidos copiados, de forma separada respecto de la obra o prestación principales o protegidas.*"[43]

Sin embargo, resulta del todo inevitable no poner en relación el concepto de significación económica con la llamada regla de los tres pasos (*three-step test*) o tres requisitos de admisibilidad y legitimidad de un límite al derecho de propiedad intelectual para que no tenga carácter expropiatorio o confiscatorio[44], y que debe ser aplicada conforme al Convenio de Berna para el posible establecimiento de límites al derecho de reproducción por parte de los Estados parte del mismo[45]. Esta regla se encuentra incorporada tanto en los Convenios

---

[42] F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 111 y 112, citando a LOEWENHEIM en G. SCHRICKER (ed), *Urheberrecht Kommentar*, 2ª edición. C.H. Beck, Munich, 1999. Pág. 1093.

[43] P. GARCÍA MEXÍA, *Derecho Europeo de Internet*, *op. cit.*, págs. 186 y 187

[44] J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 387

[45] Artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, revisado en Paris el 24 de julio de 1971. Sobre la regla, en general, véase, por ejemplo, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 45 a 100. Sobre su aplicación e interpretación, véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*. Informe del Grupo Especial WT/DS160/R. Ginebra, 15 de junio de 2000; MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION. *A Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law*. Munich, ATRIP Conference, September 1, 2018; y A. LUCAS Y P. CÁMARA AGUILA, «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la "Declaración por una interpretación equilibrada de la «Regla de los Tres Pasos» en el Derecho de Autor"». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 33, septiembre – diciembre (2009), págs. 13 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de la OMPI de 1996, como en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos[46], a raíz de cuya transposición —si bien más como un test de dos que de tres pasos—, entraría a formar parte de nuestro TRLPI mediante la creación del artículo 40 bis; así como en las posteriores en el tiempo, Directiva 2000/31/CE, relativa al comercio electrónico (en adelante, DCE)[47] y la DDASI de 2001. Tomando como referencia la regla de los tres pasos, otros autores han venido sosteniendo que

> "tendrían una significación económica independiente y por tanto no podrían quedar excluidas del derecho exclusivo de reproducción por vía de la excepción legal, aquellas reproducciones provisionales automáticas, transitorias o accesorias, que pudieran perjudicar *siquiera potencialmente* la normal explotación de la obra o prestación y los legítimos intereses del titular o titulares de la propiedad intelectual."[48]

Aunando acertadamente todas estas cuestiones, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ propone aplicar *para el caso concreto* lo que él ha venido en denominar como "test del significado económico independiente"[49]. De acuerdo con el mismo: a) toda reproducción tiene *en principio* un significado económico independiente, significado que sólo perdería cuando sea auxiliar o técnica respecto de un acto de comunicación pública o puesta a disposición; b) no pueden quedar fuera del monopolio de los titulares por la vía del artículo 31.1 TRPLI aquellas reproducciones que afecten a la explotación normal de la obra o perjudiquen injustificadamente los intereses de los titulares; y c) para determinar la existencia de significación económica

---

46 Diario Oficial nº L 77, de 27/03/1996, págs. 20 a 28. Véase artículo 6.3.

47 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Diario Oficial nº L 178 de 17/07/2000.

48 F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 112 y nota 167. Énfasis propio. Véase también G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 356 a 358.

49 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 544 (3ª ed.) y 584 (4ª ed.).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

independiente es preciso tomar como referencia lo que constituye la «explotación normal de la obra».

La concreción de este último término no es sencilla[50] y personalmente prefiero como alternativa a la propuesta de GARROTE de entender por explotación normal *la previsibilidad* por parte del legítimo titular de derechos de obtener una contraprestación económica por una utilización concreta de la obra[51]; aquella otra que propone RICKETSON y que identifica la idea de explotación normal no con un concepto general de previsibilidad de obtención de una contraprestación sino con un conjunto de medios por los que el titular podría *razonablemente* prever la explotación de la obra *en circunstancias normales*, lo cual implica que habrá ciertos usos que no estarán incluidos entre las formas normales de explotación de la obra —esto es, medios de explotación por los cuales no esperaría normalmente el autor recibir compensación alguna—, pero que podrían ser encuadrados dentro de su derecho exclusivo de reproducción[52]. Posiblemente se trate más de una cuestión de matiz que de fondo, pero creo que esta segunda interpretación permite un mejor análisis a la hora de valorar si ciertos usos atípicos o actos de explotación novedosos entran o no dentro del concepto de "explotación normal".

5.3.3.1. Ámbito de aplicación de la excepción.

Partiendo de la literalidad *a contrario sensu* del artículo 31.1 TRLPI, quedan excluidas del posible ámbito de aplicación de la excepción, todas aquellas reproducciones provisionales que cuenten con significación económica propia y que, no siendo transitorias o accesorias, no formen parte esencial de un proceso tecnológico y

---

50 S. RICKETSON AND J. GINSBURG. *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond.* Volumen I. Oxford, Oxford University Press, 2006. Págs. 767 a 773.

51 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, págs. 544 (3ª ed.) y 584 (4ª ed).

52 S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986*. London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College – Kluwer, 1987. Pág. 483; y S. RICKETSON AND J. GINSBURG. *International Copyright and Neighbouring Rights, op. cit.*, párrafos 13.15 a 13.22.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tengan otra finalidad distinta a la de facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o una utilización autorizada por el titular de derechos o la ley.

Si bien la creación de este tipo de reproducciones durante una utilización autorizada por el autor o por la ley no ha ofrecido mayores dificultades, no ha sucedido lo mismo con aquellas *reproducciones nacidas a partir de una utilización no autorizada y que tengan como única finalidad el facilitar una transmisión en red entre terceros*, en particular, la relevancia de la licitud o ilicitud de la obra objeto de transmisión entre terceros por un intermediario. Pese a no figurar como uno de los criterios a aplicar para deducir la concurrencia o no de la excepción del artículo 31.1 TRLPI, autores como MARTÍN SALAMANCA defendían que era necesario sobreentender la exigencia de licitud en el caso de actos de reproducción provisional cuya finalidad consistiese en facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario[53].

En mi opinión tal interpretación no era correcta en el momento de su elaboración y tampoco tiene cabida tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2017, de 3 de julio[54], que incorporaba, mediante la inclusión de una nueva letra b) al número 2 del artículo 31 TRLPI, la exigencia de licitud y no vulneración de acceso a la obra o prestación protegida, respecto de toda reproducción no autorizada que se pretendiese amparar en el límite legal de copia privada del 31.2.

Y ello no procede, en primer lugar, por el necesario concurso exclusivo de los tres requisitos señalados en el 31.1 TRLPI, que son los verdaderos criterios definitorios para considerar un acto cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario dentro o fuera del límite aplicable a los actos de reproducción provisional. En segundo lugar, por lo incorrecto de una aplicación genérica de la premisa del artículo 40 bis, al tratarse ésta de una norma interpretativa y carecer de carácter

---

[53] S. MARTÍN SALAMANCA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, *op. cit.*, pág. 277.

[54] Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Boletín Oficial del Estado, núm. 158, de 4 de julio de 2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

normativo puro y de finalidad sustantiva propia[55]. El perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o el ir en detrimento de la explotación normal de las obras, por tanto, ha de valorarse en relación al concreto acto de reproducción de que se trate y no de una manera genérica como propone MARTÍN SALAMANCA. Por último, y como argumento principal, porque una interpretación de esta naturaleza crearía una distinción artificial, no prevista por el legislador, que entraría en grave conflicto con otras disposiciones legales en derecho interno íntimamente relacionadas con esta materia, en particular con la Ley 34/2002, de servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI)[56].

En relación a este último punto, a la hora de regular el régimen de exención de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, la LSSI no emplea de manera genérica el criterio de la licitud o ilicitud de la información transmitida como baremo para determinar cuándo operará alguna de las causas de limitación legalmente previstas en ella y cuando lo hace, lo vincula exclusivamente al conocimiento *efectivo* que pudiera tener quien pretendiese beneficiarse de dicha exoneración de responsabilidad, lo cual, como veremos a continuación, no es lo mismo que ligar el disfrute de la exención a la licitud de la información y los datos transmitidos.

Así, por una parte, en la LSSI no se tiene en cuenta la naturaleza licita o ilícita de la información transmitida en relación a la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio (artículo 14); ni respecto de la de los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los

---

55 Tal y como sostiene J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 389 y 390.

56 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal (artículo 15).

El legislador español, al igual que el comunitario, entiende como un requisito imprescindible para facilitar la expansión de las redes de telecomunicaciones, en especial Internet, como vehículos de transmisión e intercambio de información, pilares del comercio electrónico y fuentes de innumerables ventajas económicas y sociales, fines últimos de ambas normativas[57], el no otorgar prevalencia a la naturaleza de lo transmitido sobre las actividades de los operadores de redes, proveedores de acceso o prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos solicitados por los usuarios en base al origen legítimo de los mismos. Por ello, es perfectamente posible y jurídicamente aceptable que existan supuestos de copias intermedias que favorezcan una utilización tendencial o finalmente ilícita de una obra a los que se pueda aplicar la exención del artículo 31.1 TRLPI y que no generen responsabilidad civil, penal o administrativa de quien las haya creado, como por ejemplo, tal y como ilustra los artículos 14 y 15 LSSI, en el caso de operadores de redes, proveedores de acceso y prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos facilitados por los destinatarios del servicio y que, con la única finalidad de permitir su transmisión o hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios, realizan fijaciones automáticas, provisionales y temporales en sus sistemas.

Interpretar como requisito implícito en el artículo 31.1 TRLPI, principalmente por coherencia con el artículo 40 bis, la existencia de una exigencia de licitud en el caso de actos de reproducción provisional cuya finalidad consista en facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario supondría directamente hacer colisionar estos preceptos de nuestra ley de Propiedad Intelectual con las normas genéricas de exclusión de responsabilidad por el contenido de lo transmitido contenidas, para cualquier supuesto y materia, en la LSSI.

---

[57] Véanse, por ejemplo, los considerandos 1, 2, 4, 42 y ss. de la DCE y el punto I de la exposición de motivos de la LSSI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En este supuesto de colisión, y de acuerdo con el artículo 13 LSSI [58], tendrían preeminencia las reglas de responsabilidad contenidas en esta norma sobre las de otros cuerpos legales[59], por lo que,

> "el intermediario queda libre de responsabilidad tanto si la información o actividad transmitida o alojada infringe derechos de autor como si constituye, por ejemplo, un atentado al honor o al derecho a la intimidad, un acto de competencia desleal, infracción de derechos de marca, injurias, calumnias, difusión de pornografía infantil [...] en suma, cualquier supuesto de ilicitud del que pudiera derivarse responsabilidad. [Pues], gracias a la exclusión de responsabilidad, el proveedor no podrá ser obligado a responder por el hecho de que los datos transmitidos o almacenados sean ilícitos, o porque —aun siendo ilícitos en si mismos— sean objeto de una actividad ilícita llevada a cabo por los usuarios."[60]

Sólo respecto de quienes se dedican a prestar un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario (artículo 16) o en facilitar enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos (artículo 17), la LSSI es rotunda en afirmar que no se beneficiarán de la exención cuando tengan conocimiento efectivo de

---

[58] "13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, *sin perjuicio* de lo dispuesto en esta Ley. 2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, *se estará a lo establecido en los artículos siguientes.*" (Cursiva propia).

[59] S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en S. CAVANILLAS MÚGICA ET AL., *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet.* Granada, Comares, 2007, págs. 23 y 24. Texto entre corchetes propio. En el mismo sentido, M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, «Marco jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico», en M. PEGUERA POCH (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información.* Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2010, págs. 351 y 352.

[60] M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet.* Granada, Comares, 2007, págs. 218 a 220; y en M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 344 y 345.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que la actividad o la información almacenada, a la que remiten o recomiendan es *ilícita* o *lesiva* de bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización[61].

Para estos últimos tipos de prestaciones de servicios, la norma aclara que se entenderá por efectivo el conocimiento sólo cuando el prestador sea conocedor de la resolución de un órgano competente declarando la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o bien declarando la existencia de lesión[62]. En buena lógica y respecto de aquellos prestadores de servicios que faciliten enlaces o instrumentos de búsqueda de contenido ilícitos, el legislador presupone de algún modo dicho conocimiento en el caso de que actúen "*bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos*"[63] lesivos de derechos de tercero, lo cual impide que pueden ampararse en la exención del 17.1 LSSI.

En resumen, la LSSI, como declara en su exposición de motivos[64], vincula el disfrute de la exoneración de responsabilidad no a la licitud o ilicitud de lo transmitido sino al cumplimiento por parte del proveedor de servicios del deber de colaboración[65] que la normativa les impone de cara a impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. El incumplimiento de este deber, por ejemplo, no actuando con diligencia cuando se tenga conocimiento efectivo de la existencia de información o datos ilícitos, impide el disfrute de la exención de responsabilidad de los artículos 16 y 17, dando lugar a las medidas sancionadoras contempladas en la LSSI[66]. El criterio de licitud, por tanto, aún jugando un cierto papel, lo hace de manera muy limitada.

5.3.3.2. Computadores y sistemas de memoria: aclaraciones técnicas y terminológicas previas.

---

61 Artículos 16.1.a) y 17.1.a) LSSI respectivamente.
62 Últimos párrafos de los artículos 16.1 y 17.1 LSSI.
63 Art. 17.2 LSSI.
64 Punto III, párrafo segundo.
65 Artículo 11 LSSI.
66 Arts. 37 a 45 LSSI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Antes de proceder al estudio de los diferentes tipos de reproducciones provisionales existentes, y dado el elevado grado de confusión terminológica existente en relación al estudio y análisis jurídico de las copias temporales que tienen lugar durante el proceso de transmisión de contenidos digitales a través de redes de comunicaciones, resulta necesario que delimitemos una serie de conceptos técnicos básicos imprescindibles para una correcta aproximación a la naturaleza jurídica de las reproducciones provisionales realizadas en los procesos de intercambio de archivos mediante tecnología P2P.

La memoria constituye un elemento capital en arquitectura de computadores, pues todo ordenador precisa de un sistema para almacenar, bien de manera permanente, bien de manera temporal, los programas y datos que empleará su procesador a la hora de ejecutar las instrucciones introducidas por los usuarios. Por razones de índole técnica los procesadores son tradicionalmente mucho más rápidos que la memoria, lo cual crea un importante desequilibrio *a priori* en el rendimiento de todos los computadores. Para compensar esto los ingenieros informáticos han venido organizando las diversas unidades que forman el sistema de memoria de manera jerárquica, es decir, en múltiples niveles de memoria, cada uno con diferentes velocidades y tamaños, de acuerdo siempre con el principio de que, a mayor proximidad al procesador, mayor velocidad de trabajo pero menor capacidad de almacenamiento[67].

La memoria de un computador se divide, siguiendo la más básica de las clasificaciones posibles, en memoria *interna* y memoria *externa*. La memoria interna está integrada por los registros del procesador, la memoria principal y número variable de unidades de

---

[67] *Vid.* W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture; Designing for Performance*, eighth edition. New Jersey, Pearson, 2010, pág. 129 a 136; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, fifth edition. New Jersey, Pearson – Prentice Hall, 2010, pág. 81 y 82; J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *Computer Architecture; A Quantitative Approach*, fourth edition. San Francisco, Elsevier, 2007, pág. 288; y D. A. PATTERSON AND J. L. HENNESSY, *Computer Organization and Design: The Hardware/Software Interface*, fourth edition. Massachussets, Morgan Kaufmann, 2009, pág. 453 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

memoria caché[68], todos ellos instalados en la placa base del computador. Los registros se encuentran en el procesador y almacenan información crucial para su funcionamiento, teniendo una capacidad media de varios cientos de *bytes*[69]. La memoria principal, por su parte, almacena miles de *megabytes* de información de las aplicaciones que están siendo utilizadas por el computador en un momento determinado —lo cual puede incluir obras protegidas o partes de ellas—, junto con los datos que se van obteniendo o precisando en cada de uno de los procesos en ejecución[70]. Finalmente, la función de las diferentes unidades caché que se pueden encontrar en la memoria interna es facilitar el acceso rápido del procesador a aquellos datos de uso frecuente o previsible que se encuentran almacenados en la memoria principal. Para ello realizan copias en sus pocos *megabytes* de capacidad de parte de los datos registrados en la memoria principal, de tal modo que, cuando sea necesario recuperar algún dato ya utilizado, el procesador pueda acudir directamente a la caché y no tener que buscarlo en esa unidad de memoria de mayor capacidad, lo cual permite un considerable ahorro de tiempo en la ejecución del programa que precisa dicha información[71].

Las diferentes unidades de memoria caché localizadas en la memoria interna suelen estar organizadas a su vez en niveles, clasificándose, en función de su posicionamiento respecto del

---

[68] Optamos así por la terminología de W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 133 y ss., desechando por razones de sistemática y claridad conceptual la denominación de memoria primaria empleada por A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 69 y ss., J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 310 y ss., y D. A. PATTERSON AND J. L. HENNESSY, *op. cit.*, pág. 21 y ss., con la intención de evitar posibles confusiones entre este concepto y el de memoria principal que, como veremos a continuación, es un elemento diferente con otra función bien distinta dentro del sistema de memoria.

[69] W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 453 a 458; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 52, 81, 337 y 338; y J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 288.

[70] W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 179 y 180; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 81 y 171; y J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, págs. 311 y 312.

[71] W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 135 y 180; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 77 a 80, 81 y 171; J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 311; y D. A. PATTERSON AND J. L. HENNESSY, *op. cit.*, págs. 20 y 453.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

procesador, como L1, L2, L3, etc.[72]. La primera de ellas se encuentra generalmente situada entre el procesador y la memoria principal, pudiendo localizarse otras instaladas bien en el *chip* del procesador, bien en su paquete y conectada a él, o bien en la tarjeta del procesador, dependiendo de las características del equipo y de la disponibilidad de superficie física existente para ello[73]. Todas estas memorias cachés son de ordinario inclusivas, es decir, todo el contenido de la caché de nivel L1, está en la caché L2 y este, a su vez, en la caché L3[74].

Como las dos características técnicas más relevantes de la memoria interna debemos señalar, en primer lugar, que los datos contenidos en cada una de las diferentes unidades y dispositivos que la conforman son de naturaleza *volátil*, es decir, que se pierden una vez se interrumpe el suministro de energía al circuito en el que están integrados; y, en segundo término, que dicha información no es *accesible* por los usuarios del equipo, sino tan solo por el sistema[75].

La memoria externa del computador está formada por el disco duro y aquellas unidades de memoria óptica que pueden ser leídas por la unidad de CD-ROM del equipo[76], cada vez en mayor desuso. El llamado disco duro es, en realidad, un conjunto de discos, generalmente de aluminio o cristal, que se encuentran recubiertos de un material con propiedades magnéticas en el que se puede fijar y recuperar todo tipo de datos e información a través de impulsos eléctricos[77]. Al poder acumular desde muchos cientos de *gigabytes* hasta unos cuantos *terabytes* de información, el disco duro es la tradicional "bestia de carga" del almacenamiento permanente de todo

---

72 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 156 a 158; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 293 a 295.

73 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 157; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 293 y 294.

74 A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 294.

75 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 135; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 171.

76 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 133; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 81 a 102.

77 Véase W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 203 a 212; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 82 a 86; y J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 357 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

computador[78]. En cuanto a las unidades de memoria óptica, aquí se incardinan disquetes, discos ópticos, memorias *flash* y cintas magnéticas[79], estando limitada la posibilidad de almacenamiento mediante estos dispositivos meramente por la capacidad económica particular de cada usuario[80].

En contraposición con lo que acontece en la memoria interna, los datos fijados en las distintas unidades y dispositivos que conforman la memoria externa no se pierden al apagarse el computador o interrumpirse el suministro de energía al circuito en el que se integran, por lo que tienen naturaleza permanente o *no volátil*. Por otro lado, la información y recursos fijados en ellas son plenamente *accesibles* por los usuarios, bien en forma de ficheros, archivos, o documentos[81].

5.3.3.3. Tipos de reproducciones provisionales en relación a la transmisión de contenidos digitales a través de redes de comunicaciones.

Hasta el momento, la doctrina española ha venido diferenciando, en atención al proceso técnico que les da origen y a la finalidad última de la copia que realizan, entre tres grandes clases de reproducciones provisionales o temporales: reproducciones técnicas, efímeras o intermedias; reproducciones o copias RAM; y reproducciones o copias caché[82].

---

78 A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 81.

79 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 221 a 230; A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 86 a 102; y J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 357 y ss.

80 A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 81.

81 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

82 Inicialmente se hablaba de cuatro tipos incluyendo, junto a estos tres, las reproducciones temporales "en sentido estricto" las cuales eran definidas como aquellas "que tienen un tiempo de duración más o menos variable, pero permiten el acceso a la obra y su posterior utilización". I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 276 y ss. En esta línea también J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 61 y ss.; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 135 y ss.; R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, Madrid, Editorial Reus, 2003, pág. 276 y ss.; F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Madrid, Colex, 2002, pág. 104 y ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 41 y ss.; y B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 349 y ss. Lo cierto es que, como se verá a

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5.3.3.3.1. Las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias.

El origen del concepto lo hallamos, en el plano internacional, en la introducción del artículo 11bis.3 durante la revisión del Convenio de Berna que tuvo lugar en Bruselas en 1948, el cual reservaba a la legislación propia de cada Estado parte el establecimiento de un régimen de las grabaciones efímeras realizadas por los organismos de radiodifusión, puesto que la autorización para la difusión de obras literarias y artísticas no comprendía, en principio, la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirviesen para la fijación de sonidos e imágenes, la obra retransmitida.

En Derecho comunitario, la DDASI se ocupó en su artículo 5.2.d) de este tipo de reproducciones, siendo transpuesta esta excepción a nuestro ordenamiento a través del artículo 36.3 TRLPI, no pudiendo oponerse los titulares del derecho de reproducción a que la entidad legítimamente autorizada grabe la obra con sus propios medios y en la forma necesaria para poder realizar las emisiones[83]. La autorización para realizar estas copias efímeras se agota con la primera retransmisión de la obra, siendo imprescindible obtener nuevas autorizaciones para ulteriores difusiones de la misma[84].

Desde la entrada en vigor de la Ley 23/2006 de 7 de julio, el artículo 31.1 TRLPI generalizó, para *todas* las reproducciones originadas en el proceso de transmisión de información entre un punto y otro de una red de comunicaciones, el principio que subyacía en la regulación de las grabaciones efímeras a favor de las entidades de radiodifusión y que, en palabras de BERCOVITZ, no es más que la

---

continuación, el mantenimiento de dicha clasificación cuatripartita resulta a todas luces redundante por lo que somos partidarios de esta división en tres categorías, algo que, por otra parte, ya se encuentra presente desde I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 533 y ss.

[83] Véase, en general, S. MARTÍN SALAMANCA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 341 a 343, y S. LÓPEZ MAZA, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 712 a 717.

[84] J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA Y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 186.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

idea de que "*las reproducciones meramente instrumentales en una cadena de comunicación no son relevantes. Lo importante es el resultado final.*"[85] A partir de entonces y sin fisura doctrinal relevante, se ha venido entendiendo que las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias son todas las que se originan en el proceso de transmisión de información entre un punto y otro de una red de comunicaciones[86].

Ha existido unanimidad también en aceptar que estas reproducciones de naturaleza técnica o intermedia carecen de relevancia económica *per se*, puesto que no implican un acceso a la obra, cumpliéndose en consecuencia, por ser transitorias o accesorias y formar parte esencial de un proceso tecnológico cuya única función consiste en facilitar una transmisión en red entre terceros por un intermediario, los requisitos del artículo 31.1 TRLPI que permiten su exclusión del derecho de reproducción[87]. Pensemos, por ejemplo y dentro de un contexto *online*, en el envío de una obra como archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico. Resulta evidente que la transmisión del mismo requiere imperiosamente una reproducción instrumental de naturaleza puramente técnica, claramente independiente y diferenciable de la anterior fijación efectuada por el remitente del correo electrónico y también de la posible fijación que, *a posteriori*, pueda llevar a cabo el destinatario del mismo. Esta transmisión es realizada de manera automática por diversos proveedores de servicios, entre ellos, las diferentes empresas con las que tengan contratados ambos usuarios sus respectivos servicios de conexión a Internet y aquellas compañías que les presten, bien de manera gratuita, bien de manera onerosa, el necesario servicio de

---

85 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 107.

86 Véase, por todos: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 280 a 282 (en relación al derecho internacional y comparado), pág. 325 a 328 (en el ordenamiento comunitario), y pág. 346 a 348 (en la legislación española).

87 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 541 y 542 (3ª ed.) y págs. 582 y 583 (4ª ed.); y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 348; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 136, 137, 152, 160 y 161; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, págs. 279 y 280; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 113; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 351 a 353; G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 368 a 370; y M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos multimedia*. Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 147 y 148.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mensajería electrónica. Como parte integrante de dicho proceso tecnológico, resulta indiscutida la aplicabilidad de la excepción del art. 31.1 TRLPI a aquellas reproducciones técnicas o intermedias surgidas durante la misma[88].

Tampoco parecen contravenir, por no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores ni ir en contra de la explotación normal de las obras a que se refieran, los requisitos del artículo 40 bis TRPLI. Como ha puesto de relieve GARROTE, "*por medio de las reproducciones efímeras no se tiene ni la intención ni el efecto de explotar una obra, por cuanto son invisibles al usuario, que no accede de ninguna manera a la obra mediante ellas*"[89], por lo que, de acuerdo con SIRINELLI, este tipo de reproducciones escapan al derecho de autor simplemente

> "porque sería absurdo y contrario al buen sentido someter tal acto a cualquier tipo de autorización especial. Es evidente que se entraría aquí en una lógica de "acto necesario" pues el titular de los derechos que acepta la explotación de su obra por intermedio de las redes admite necesariamente este tipo de utilización indispensable."[90]

En puridad, como ha señalado acertadamente nuestra mejor doctrina, las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias no deberían ser siquiera incluidas dentro de la categoría de reproducciones, pues no permiten la comunicación o la obtención de copias en el sentido del

---

88 El *routing* o proceso de transmisión de información desde un servidor a nuestro equipo a través de un *router* es quizás el acto más citado entre la doctrina española como ejemplo de reproducción técnica, efímera o intermedia. Véase, por citar a un autor, J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*. Cizur Menor, Thomson – Aranzadi, 2006, págs. 74 a 76.

89 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 319.

90 P. SIRINELLI, *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. WCT-WPPT/IMP/1. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Pág. 35.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

artículo 18 TRLPI, sino que simplemente hacen posible, desde un punto de vista técnico, estos dos usos ulteriores de la obra[91].

En el supuesto concreto del intercambio de archivos a través de aplicaciones P2P, al igual que en otros procesos de transmisión de información en red, también tienen lugar diversas fijaciones provisionales de naturaleza técnica, efímera o intermedia, de aquellos archivos que están siendo compartidos. A diferencia de alguno de los otros tipos de reproducciones temporales que se dan igualmente en el intercambio de archivos y que serán objeto de examen un poco más adelante, estas primeras fijaciones provisionales de carácter técnico no presentan ninguna particularidad respecto de lo ya reseñado y, al concurrir en ellas los cuatro requisitos establecidos por el 31.1 TRLPI, no precisarán la autorización del titular del derecho de reproducción.

5.3.3.3.2. Las reproducciones o copias RAM.

En segundo lugar, la doctrina habla de aquellas reproducciones que tienen lugar en la memoria de acceso aleatorio, también conocida como RAM (*Random-Access Memory*)[92]. Como vimos, la memoria de un computador se divide en memoria interna y memoria externa, por lo que procede explicar, en primer lugar, qué se entiende por memoria RAM y, a continuación, qué es una copia RAM.

Desde 1975 las computadoras han venido empleando a nivel de memoria interna, por un lado, *chips* de memoria DRAM (*Dynamic Random-Access Memory*) para almacenar en su memoria principal la información y datos asociados a las aplicaciones que están ejecutando en un momento determinado, y, por otro, *chips* de memoria SRAM (*Static Random-Access Memory*) para almacenar en las diferentes memorias caché aquellos datos de uso frecuente o previsible que se

---

91 Así, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 136, 137 y 160; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 541 (3ª ed.) y 582 (4ª ed.), y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 25 y 26; y F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

92 Véase, por todos: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 583 a 587, y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 276 a 279, 282 a 305, 329 a 335, y 349 a 352.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

encuentran fijados temporalmente en la memoria principal[93]. Como refleja la nomenclatura, ambas tecnologías son de acceso aleatorio[94], radicando la diferencia entre una y otra en el modo de acceso, es decir, estático o dinámico.

El mal uso generalizado del término RAM[95], ha extendido un concepto —memoria RAM— que, en puridad, engloba varias realidades distintas: las mencionadas memorias DRAM y SRAM, pero también aquellas otras derivadas de éstas como, por ejemplo, la FPM DRAM, la EDO DRAM, la SDRAM o la DDR SDRAM[96]. Desde un punto de vista formal, de la misma manera que todas ellas son de acceso aleatorio, todas ellas forman parte del concepto memoria RAM, la cual podría ser definida como el *conjunto de memorias de acceso aleatorio que se encuentran implementadas en la placa base y forman parte de la memoria interna del computador*.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a una copia RAM, es decir, a la realización de una fijación en este tipo de memoria, hablamos de una reproducción fijada en alguno de los componentes de la memoria interna de un computador, a saber, registros del procesador, memoria principal, y las diversas unidades de memoria caché existentes. La doctrina jurídica española, al igual que buena parte de la foránea[97], tampoco ha podido escapar al mal uso del

---

93 J. L. HENNESSY AND D. A. PATTERSON, *op. cit.*, pág. 311, y D. A. PATTERSON AND J. L. HENNESSY, *op. cit.*, pág. 22.

94 La memoria de acceso aleatorio (RAM) se contrapone a la conocida como memoria ROM (*Read-Only Memory*). Este tipo de memoria se caracteriza por contener información que no puede ser borrada o alterada, es decir, por ser de naturaleza no volátil y no precisar de un suministro constante de energía al circuito para mantener la información intacta. Su empleo se circunscribe principalmente a microprogramación, subrutinas de biblioteca para funciones de uso frecuente, programas del sistema y tablas de funciones. Véase, al respecto, W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, págs. 180 y 181, y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 172 y 173.

95 Como denuncian W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture*, *op. cit.*, pág. 178, y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, pág. 171.

96 A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization*, *op. cit.*, págs. 171 y 172

97 Con escasas salvedades entre las que destacan D. J. LOUNDY, «Revising the Copyright Law for Electronic Publishing», THE JOHN MARSHALL JOURNAL OF COMPUTER & INFORMATION LAW, volumen 14, número 1 (1995), pág. 1 y ss.; R. S. VERMUT, «File Caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, University of Georgia. Volumen 4 (1997), pág. 273 y ss.; H. LADDIE, P. PRESCOTT AND M. VITORIA, *The Modern Law of*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

término RAM, no identificando como copias RAM las reproducciones fijadas en la memoria principal o en las distintas memorias caché que pueden encontrarse en la memoria interna de un computador. Esta circunstancia ha contribuido, sin duda, a enfangar el análisis jurídico de las reproducciones temporales realizadas mediante redes informáticas de comunicaciones en nuestro país, pues cuando nuestra doctrina analiza lo que denomina como copias RAM está haciendo referencia simultáneamente y sin percatarse de ello, también a un tipo determinado de copias caché, categoría tradicionalmente diferenciada de las copias RAM y, a su vez, objeto de estudio independiente.

Como intentaremos poner de manifiesto en este trabajo, muchas de las aseveraciones realizadas por la doctrina española sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas derivadas de la realización de copias RAM y copias caché son incorrectas, en parte, pero no exclusivamente, a este último motivo. En aras de la necesaria precisión terminológica, en este trabajo emplearemos ambas denominaciones de manera claramente diferenciada. Por un lado, hablaremos de reproducciones o copias RAM para referirnos a aquellas fijaciones realizadas en cualquiera de las distintas unidades que conforman la memoria interna de un computador; mientras que, por otro lado, reservaremos el término reproducciones o copias caché para aquellas fijaciones realizadas, bien en la memoria interna, bien en la memoria externa, que hagan uso de este proceso técnico, de acuerdo con la explicación técnica que detallaremos en próximos apartados.

a) Puntualizaciones iniciales sobre las copias RAM.

Aún a pesar de que, tal y como vimos en nuestra descripción de las características técnicas más relevantes de la memoria interna, los datos contenidos en las distintas unidades que conforman esta parte de la memoria del computador están irremediablemente destinados a ser eliminados tras el apagado del mismo, por eso las

---

Copyright and Designs, 3rd edition. London, Butterworths, 2000, pág. 1618; y, más recientemente, J. S. BENNETT, «Caching In on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbours», FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 35, número 4 (2008) pág. 1103 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

calificamos de *volátiles*, y resultan inaccesibles para el usuario más allá de una mera descripción de su contenido, en el debate jurídico generado sobre la sujeción o no al derecho de autor de las reproducciones RAM no se han valorado adecuada ni acertadamente estos dos rasgos técnicos irrefutables, por lo que el tratamiento del tema ha discurrido de manera tan poco clara como pacífica por muy diversos derroteros.

Las negociaciones sobre la materia mantenidas con anterioridad a la firma de los Tratados de la OMPI de 1996 concluyeron, ante la imposibilidad de alcanzar acuerdo alguno, sin que se plasmase disposición alguna relativa a las reproducciones temporales, recayendo sobre los diferentes legisladores nacionales la responsabilidad de establecer futuros límites al derecho, siempre en sintonía con las cláusulas del Convenio de Berna[98]. En el caso de la Unión Europea, el primer precedente normativo relacionado con las copias RAM apareció en la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador[99], la cual introducía como excepción al derecho exclusivo de reproducción del titular del mismo sobre un programa, la reproducción permanente o transitoria cuando dicho acto sea necesario para la utilización del *software* por parte del adquirente legítimo[100], límite que se ha mantenido en idénticos términos en la modificación realizada en 2009[101].

La aprobación de la DDASI en 2001 estableció como excepción al derecho de reproducción los actos de fijación temporal que sean transitorios o accesorios y que formen parte esencial de un proceso

---

98 Véase P. SAMUELSON, «The US Digital Agenda at WIPO», VANDERBILT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, volumen 37 (1997), pág. 369 y ss., I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 283 y ss., y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 346 a 352.

99 Diario Oficial n° L 122 de 17/05/1991, págs. 0042 a 0046.

100 Artículo 5.1.

101 Artículo 4.1 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Diario Oficial n° L 111 de 05/05/2009, págs. 0016 a 0022. Como acertadamente indica I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 329 y 330, la misma idea subyace en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tecnológico, cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red entre terceros por parte de un intermediario, o una utilización lícita de una obra protegida, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, siendo transpuesto en prácticamente idénticos términos por la Ley 23/2006 de modificación de nuestra ley de propiedad intelectual.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ es de la opinión que la DDASI cometió un error de bulto al establecer la condición de que toda copia RAM debía carecer de significado económico independiente para quedar exenta[102]. No comparto en este punto la valoración del profesor GARROTE pues, a mi entender y en primer lugar, circunscribe equivocadamente la creación de copias en la memoria RAM de manera exclusiva al *browsing*, es decir, al visionado en pantalla de la obra objeto de copia en memoria RAM, cuando, tal y como hemos explicado, hay diversas actividades de todo tipo que conllevan la realización de dichas fijaciones y; en segundo lugar, porque la regulación comunitaria de programas de ordenador y bases de datos que establecen un límite al derecho de reproducción que permite a los usuarios legítimos crear reproducciones en la memoria RAM no crea dualidad alguna, ya que se trata solo de dos actos concretos de todos los posibles que pueden dar origen a la realización de copias RAM.

Siendo cierto que la DDASI, merced especialmente a la redacción del Considerando 33, singularizó en particular "*los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional*", no es correcto circunscribir exclusivamente la generación de copias RAM a la mera navegación por Internet o al visionado de contenidos *online*, tal y como parece haber sido adoptado por buena parte de nuestra doctrina[103], aunque resulta indiscutible que una de las razones

---

[102] *Vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 333.

[103] I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 543 (3ª ed.) y págs. 583 y 584 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 278 y 283, 329 a 336, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 28; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 138, 153 y ss.; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, pág. 280 y ss.; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 106 y ss.; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 344.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

principales de haber desarrollado la excepción legal del art. 5.1 DDASI es, precisamente, excluir de la autorización de los titulares del derecho de reproducción la realización de este tipo de actividades por parte de terceros. Estamos, por tanto, en desacuerdo con asimilar, identificar o equiparar las copias RAM a "copias en pantalla"[104].

En suma, el almacenamiento de datos e información en la memoria interna o RAM se realiza respecto de todos y cada uno de los diferentes programas en proceso de ejecución por parte del computador por lo que el mero encendido del equipo supone el inicio de la realización de copias RAM, al implicar la ejecución automática de una serie de aplicaciones, programas o procesos propios del sistema operativo. La apertura del administrador de tareas de cualquier computador en cualquier momento nos revelará la existencia de un número importante de aplicaciones cuyo funcionamiento implica la realización de copias en la memoria RAM —entre ellas, por supuesto, la ejecución de programas P2P—, pudiendo alguna de ellas tener relación directa con el visionado en pantalla de la obra objeto de copia en memoria RAM, pero otras muchas, quizás una inmensa mayoría, no.

Salvo error por mi parte creo que, de entre toda nuestra doctrina científica, únicamente RIBERA BLANES ha sabido apreciar que la memoria RAM es volátil y que todos los programas se sirven de ella para su funcionamiento[105].

b) La incardinación de las copias RAM, en general, en la excepción del art. 31.1.

Ahondando en materia, procede ahora abordar la cuestión de si las copias RAM *en general* —es decir, las surgidas durante el proceso de ejecución de cualquier proceso, programa o aplicación por parte de un computador—, son susceptibles o no de quedar excluidas del derecho de reproducción en virtud del límite del artículo 31.1 TRLPI.

---

104 Como entiendo que hace I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 583 (4ª edición).

105 B. RIBERA BLANES, «Hipervínculos y Frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 13, enero-abril (2003), pág. 55.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En el siguiente punto llevaremos a cabo un análisis similar, pero respecto del caso particular de las copias RAM realizadas durante el intercambio de archivos a través de redes P2P.

Nuestro propósito aquí es averiguar si la excepción del 31.1 TRLPI es plenamente aplicable a las copias RAM, en su conjunto, de manera similar a como hemos visto que efectivamente se puede hacer respecto de las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias, y si esto contraviene o no los requisitos del artículo 40 bis TRPLI, cláusula de cierre del sistema de límites vigente en nuestra legislación.

Con relación a las reproducciones RAM en general, la doctrina española ha venido aceptando que éstas cumplen sin problemas la mayor parte de los requisitos exigidos por el artículo 31.1 TRLPI al entender que se trata de reproducciones transitorias o accesorias, que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad es una utilización lícita[106] o bien facilitar una transmisión en red entre terceros. Sin embargo, ha sido excesivamente generosa a la hora de apreciar su posible significación económica, partiendo por un lado de una visión muy limitada del fenómeno y centrándose, casi hasta con cierta ofuscación, en las copias originadas por la navegación en Internet y la visualización de obras *online*, mientras que, al mismo tiempo, ha venido obviando sistemáticamente las características técnicas de este tipo de reproducciones temporales, formulando teorías generales a partir de unos pocos supuestos de los múltiples que pueden dar origen a actos de reproducción en la memoria RAM de un computador, todo lo cual, dicho sea de paso, no ha permitido alcanzar cierta unanimidad en la materia.

Así, por ejemplo, se ha mantenido que las fijaciones generadas fruto de la navegación en páginas web de acceso libre deben de estar bajo la excepción del artículo 31.1 TRLPI por la existencia de autorización implícita[107], excluyéndose aquellas otras derivadas de la

---

106 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 543 (3ª ed.) y 583 (4ª ed.).

107 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 544 y 545 (3ª ed.) y 584 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 333 a 335 y 351 a 353, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 29; S. LÓPEZ

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

visita a sitios de acceso restringido en la medida en que no se cuenta con la debida autorización de acceso[108], y estando la conducta de quienes realizan reproducciones RAM del contenido de páginas web "*puestas en la Red sin la autorización de los titulares de los derechos*" cubierta por la excepción en virtud del juego de la presunción *iuris tantum* de que la obra había sido puesta en línea legítimamente[109]. También que en el supuesto de transmisiones de obras y prestaciones protegidas a través de Internet se ha venido entendiendo como necesario contar con autorización del titular de los derechos[110], con la única salvedad, hasta la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre[111], y del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 julio[112], de posibles regulaciones especiales en materia de copia

MAZA, *op. cit.*, pág. 153 y 163; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 123; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 354 a 357; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 374, 375 y 377. La idea de la autorización o licencia implícita había sido planteada con anterioridad por R. S. VERMUT, *op cit.*, epígrafe IX.

108 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 544 y 545 (3ª ed.) y 584 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 335, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 30; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 163; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 375.

109 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 335 y 352. También S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 154.

110 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 336, 339 y ss., y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 31; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 155; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 49; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 356; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 375.

111 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado. Núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

112 Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Boletín Oficial del Estado. Núm. 158, de 4 de julio de 2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

privada[113], excepto en el caso de que la obra transmitida sea un programa de ordenador o una base de datos electrónica[114].

En mi opinión, las copias RAM *en general*, tomadas en conjunto, carecen en su totalidad e independientemente del proceso o aplicación que les dé origen, de significación económica propia, aún a pesar de que puedan afectar a obras protegidas o parte de ellas, pero, tal y como justificaré pormenorizadamente a continuación, si bien en base a motivos diferentes a los apuntados por otros autores que entiendo que también llegaron antes que yo a esta misma conclusión como, por ejemplo, JULIÀ-BARCELÓ[115], ROMÁN PÉREZ[116] y MASSAGUER FUENTES[117].

Esto implica, como consecuencia fundamental de la concurrencia de los cuatro requisitos del artículo 31.1 TRLPI, que todas aquellas reproducciones RAM cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, constituyen supuestos de exclusión del derecho de reproducción del respectivo autor o derechohabiente, no contraviniéndose, en términos generales, lo dispuesto en el artículo 40 bis TRLPI.

Como primer argumento tenemos que este tipo de copias provisionales, volátiles e inaccesibles, son, por un lado, generadas de manera automática por parte del computador y, por el otro, técnicamente imprescindibles para el uso y disfrute de las obras en el

---

113 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 72 y 73; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 336, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 30; y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 163.

114 Según opinión de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 353; y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 164, a tenor de lo dispuesto en la redacción de los artículos 31.2, 99.a), 100, y 133 a 137 TRLPI entonces vigente.

115 R. JULIÀ-BARCELÓ, «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks» EIPR, volumen 22, número 3 (2000), pág. 116.

116 R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, págs. 282 a 285.

117 J. MASSAGUER FUENTES, «Los derechos de propiedad intelectual en Internet», COMUNICACIÓN Y ESTUDIOS UNIVERSITARIOS: REVISTA DE CIÈNCIES DE LA INFORMACIÓ, número 7 (1997), págs. 61 a 71.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ámbito digital[118], de manera similar al supuesto ya visto de las copias técnicas, efímeras o intermedias[119], al formar parte integral y esencial del proceso tecnológico necesario para ello[120].

Así, cuando intentamos contemplar una obra audiovisual a través de una red de comunicaciones, por ejemplo, un video alojado en el sitio web de YouTube o en una plataforma audiovisual como NetFlix, nuestro computador precisa almacenar en su memoria RAM cierta información asociada a la aplicación que estamos utilizando —el navegador de Internet— tales como el formato de la página web o el lenguaje de la misma, que resultan necesarios para la correcta visualización de la página web en nuestro equipo. Datos imprescindibles que serán copiados por el computador sin nuestra intervención. Ni el video, ni una copia del mismo formarán parte de la información que se almacenará en la memoria interna. Cuando iniciemos la reproducción *online* de la obra, sí que se generará una copia, pero será una copia caché aunque no en sede de memoria interna, sino de memoria externa, habitualmente en el disco duro del computador, de acuerdo con el proceso técnico que explicaremos al estudiar las reproducciones caché en particular.

Lo mismo sucede cuando el uso y disfrute de la obra se produce fuera de una red de comunicaciones, por ejemplo, en el supuesto del visionado *offline* de una obra incorporada a un disco óptico a través de la unidad de CD-ROM de nuestro ordenador. Pensemos, por ejemplo, en el caso de obras cinematográficas o videojuegos en formato DVD u obras musicales en formato CD. Aquí tampoco se copia la obra

---

118 Como señala acertadamente, de manera destacada, B. RIBERA BLANES, «Hipervínculos y Frames…», *op. cit.*, pág. 55; y, en un segundo nivel G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 377.

119 Como sostienen J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 68 y 69; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 380. No siendo la reproducción prescindible para lograr el resultado, tendrá lugar necesariamente la excepción. *Vid.* J. C. ERDOZAIN, *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*. Madrid, Tecnos, 2002, pág. 138.

120 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 68 y 69; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 119; J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pág. 88; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 153; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 543 (3ª ed.) y 583 (4ª ed.), y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 28.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

reproducida en la memoria RAM, tan solo los datos técnicos e información necesaria para permitir el correcto disfrute de la obra a través de una aplicación concreta, en nuestro ejemplo, el programa instalado en nuestro equipo que, bien por defecto, bien por elección nuestra, sea el encargado de reproducir este tipo de discos ópticos multimedia.

Resumiendo, la fijación de copias RAM es, como ha manifestado acertadamente una parte de nuestra doctrina, un procedimiento que opera de forma automática durante una transferencia de información, con el objeto de facilitar el proceso, sin que sea solicitado por el usuario[121], cuya finalidad última es ejecutar un acto de exteriorización anterior[122], posibilitando la utilización de una obra o prestación protegida al presentar la información para que pueda ser apreciada por el usuario a través de la pantalla de su ordenador[123]. Son, en suma, actos de naturaleza volátil realizados con el único propósito de ejecutar un acto de explotación de la obra[124], imprescindibles técnicamente para el uso y disfrute de la misma en el ámbito digital, generadas en la memoria RAM del computador sin participación de la voluntad de los usuarios e independientemente de que el mismo se lleva a cabo a través de una red de comunicaciones o no.

En el año 2014 el TJUE tuvo la oportunidad de analizar la cuestión, llegando a la conclusión de que las copias en pantalla que se realizan durante la consulta de sitios de Internet son provisionales, "*pues se suprimen cuando el internauta abandona el sitio de Internet consultado*", son parte integral y esencial del proceso de visualización

---

121 R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.,* pág. 284.

122 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 65.

123 B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, págs. 353 y 354.

124 Afirmando correctísimamente que las copias RAM son volátiles, que se generan a partir de todos los programas puestos en marcha en un computador y que son parte integral y esencial de un proceso tecnológico que cumple la finalidad de facilitar una utilización lícita de una obra o una prestación protegida, tan sólo parece que se ha posicionado hasta ahora B. RIBERA BLANES, «Hipervínculos y Frames…», *op. cit.*, pág. 55. Sobre la plena coincidencia con la razón de ser de la excepción del artículo 5.1, de acuerdo con el memorando explicativo de la primera propuesta de DDASI elaborada por la Comisión Europea. *Vid.* EUROPEAN COMISSION. *Explanatory Memorandum. Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society.* Brussels, 10.12.1997. COM(97) 628 final. Pág. 29, punto 3.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de su contenido y, por último, en la medida en que su existencia se limita al tiempo necesario para el buen funcionamiento del proceso tecnológico utilizado para el visionado del sitio de Internet de que se trate, deben calificarse de "transitorias"[125].

A pesar de todo ello, esto no significa que en la memoria RAM no se puedan fijar reproducciones de obras protegidas o parte de ellas, tales como imágenes o fragmentos de las mismas. Es posible, por tanto, que parte de la información imprescindible para la ejecución de las aplicaciones que permiten el uso y disfrute de las obras literarias o artísticas citadas en estos dos ejemplos puedan incluir contenidos protegidos, independientemente del hecho de que también éstos, en su totalidad o parcialmente, puedan quedar registrados en la memoria externa del computador. Ahora bien, tal y como se comprenderá mejor una vez completemos la explicación que estamos desarrollando, incluso en estos casos de fijaciones totales o parciales de obras protegidas en sede de memoria RAM, soy partidario de entender que concurren todos los requisitos establecidos en el artículo 31.1 TRLPI para la exención de la pertinente autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras afectadas.

Pasemos al segundo de los tres argumentos en los que sustento mi tesis de que las copias RAM, *en general*, carecen de significación económica propia, aun a pesar de que puedan afectar a obras protegidas o parte de ellas. Como recordará el lector, hemos señalado en nuestra explicación sobre las características técnicas del sistema de memoria de un computador que los diferentes dispositivos que conforman la memoria interna comparten como facultades más destacadas la volatilidad de los datos registrados y la imposibilidad de su acceso[126]. Estos dos rasgos son intrínsecos a su única función y razón de ser técnica: el registro temporal de aquella información relevante para el funcionamiento del procesador en relación a los programas y aplicaciones que están ejecutando en un momento

---

125 STJUE (Sala Cuarta), de 5 de junio de 2014, en el asunto C-360/13, en el procedimiento entre *Public Relations Consultants Association Ltd* y *Newspaper Licensing Agency Ltd* y otros. Véanse párrafos 26 (de donde tomamos la cita entrecomillada *supra*), 29, 36, 45, 46 y 54 a 63.

126 En consecuencia, debe descartarse la potencial posibilidad de recuperación de datos de la memoria RAM en los términos planteados por G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 374.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

determinado. El que los datos no se conserven tras apagarse el equipo y que nueva información sea registrada desde el primer momento en que se vuelva a poner en marcha el computador refleja la provisionalidad del proceso[127]. La información almacenada en la memoria RAM es sólo relevante en tanto en cuanto puede ser utilizada por el procesador para la gestión de los procesos que está ejecutando. Los datos antiguos provenientes de ejecuciones anteriores no son de utilidad, de ahí que no haya razón para conservarlos y que las distintas unidades que conforman la memoria interna se borren con cada apagado del computador y se reescriban con cada encendido. El que los datos recopilados sólo sean accesibles por el sistema y no por el usuario tiene su lógica en que se trata de información recopilada exclusivamente en auxilio de la labor de gestión del procesador, siendo relevantes exclusivamente para este dispositivo en concreto por ser el único que puede hacer uso de ellos.

En tercer lugar y como último de mis argumentos, volatilidad e inaccesibilidad determinan el nulo valor *de mercado* de los datos contenidos en la memoria RAM, pues no pueden ser conservados, extraídos ni utilizados por los usuarios, lo cual implica necesariamente la inexistencia de significación económica en la realización automática de copias RAM por parte de un computador, aún a pesar de que técnicamente puedan incluir obras protegidas. Hasta el momento, nuestra doctrina científica o bien ha obviado estos dos factores, o bien sólo ha tenido en cuenta el primero para apreciar la existencia[128] o inexistencia[129] de relevancia económica, pasando por alto indefectiblemente un elemento crucial como es el de la inaccesibilidad. El no tener en cuenta o interpretar erróneamente la volatilidad e inaccesibilidad de lo contenido en sede de memoria

---

127 No hay por tanto margen para dudar de la transitoriedad de este tipo de copias, como cuestiona J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 68. Defendiendo la provisionalidad de las copias RAM: B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 353; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 117; M. A. ESTEVE PARDO, *op.cit.*, pág. 149; y J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pág. 88.

128 Por ejemplo, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 138; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 39, 65 y 66; M. A. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, pág. 151; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 111 a 124; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 353 a 357; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 370 a 376.

129 Así, R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, pág. 280 a 285.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RAM, así como el auge y consolidación de las emisiones en *streaming* de contenidos protegidos, ha llevado a no pocos autores a afirmar, por asociación, y defender la existencia de un mercado basado en la explotación de reproducciones RAM[130], manteniéndose que las mismas poseen significación económica por ser, en muchas ocasiones, el disfrute *online* de la obra el único uso que se le da a la misma en el entorno digital[131], o por constituir "*el camino previo para el ulterior almacenamiento o descarga de la obra o prestación digitalizada en el llamado disco duro.*"[132]

En relación a estas dos últimas afirmaciones, debemos tomarnos un momento para aclarar nuestro completo desacuerdo con las mismas a la vez que explicamos que volatilidad e inaccesibilidad, en su condición de rasgos técnicos propios del proceso de almacenamiento en la memoria RAM de aquella información necesaria para las aplicaciones y procesos en marcha en un computador, son los elementos clave a tener en cuenta para determinar la calificación jurídica del tipo de reproducciones provisionales que tienen lugar en la misma y, muy especialmente, la valoración de su posible significación económica independiente.

Así, el mercado de reproducciones susceptibles de explotación que se da en el ámbito digital se caracteriza por tener su fundamento en la accesibilidad y conservación de contenidos, rasgos diametralmente opuestos a los que hemos visto como arquetípicos de las reproducciones RAM. Cada uno de los millones de usuarios de la aplicación ITunes, por ejemplo, abona gustoso un precio por cada archivo musical que quiere descargar al disco duro de su equipo a través de la tienda *online* de la compañía Apple. Los usuarios pagan por acceder y obtener una copia legal que pueden disfrutar, almacenar y conservar de manera permanente. Las reproducciones realizadas de manera automática en sus ordenadores durante el proceso técnico que

---

130 Como entiendo que hacen tanto I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 538 y 543 (3ª ed.) y 584 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 333, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 29; como J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 90.

131 F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 118 y 119.

132 F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 119.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

les permite obtener aquella obra por la que han satisfecho un precio carecen del más mínimo interés, pues se trata de reproducciones a las que no podrán acceder y que desaparecerán una vez se apague el ordenador. Parafraseando a GONZÁLEZ DE ALAIZA, ¿sería lógico que el titular de los derechos esperase obtener por ello una contraprestación adicional? La respuesta es necesariamente negativa, de lo contrario, cualquier reproducción tendría significación económica desde el momento en que el titular de los derechos quisiera dárselo[133].

Constituye un hecho público y notorio la inexistencia de oferta y demanda al respecto de este tipo de reproducciones instrumentales. No se venden ni se compran copias RAM, no se ofertan ni se pueden adquirir, simplemente, porque no son susceptibles de extracción, utilización o conservación por parte de los usuarios. La existencia de un mercado de visualización, lectura y audición de obras en línea no puede llevarnos a predicar la importancia económica independiente de las copias RAM generadas durante el proceso de su uso y disfrute[134], pues su propia naturaleza no permite, ni siquiera potencialmente, la obtención de rendimiento económico alguno a partir de las mismas al no haber posibilidad de comercializar los contenidos copiados de forma separada respecto de la obra o prestación principal protegidas, de acuerdo con la definición de significación económica propuesta por GARCÍA MEXÍA[135]. La realización de copias RAM no da lugar al agotamiento del derecho, puesto que no hay copia alguna que pueda circular libremente por el mercado[136]. Por todo ello, soy de la opinión que no se puede seguir afirmando la existencia de un mercado de

---

133 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Deberes y responsabilidades en materia de propiedad intelectual», en S. CAVANILLAS MÚGICA (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y de alojamiento; Un análisis multidisciplinar*. Granada, Comares, 2005, pág. 14.

134 Como entiendo que sostenía en su día I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIÉZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 6 y 7.

135 P. GARCÍA MEXÍA, *Derecho Europeo de Internet*, *op. cit.*, págs. 186 y 187.

136 J. M. SERRANO CAÑAS, «A transposición da Directiva 2001/29/CE. Unha visión comparada», en R. GARCÍA PÉREZ Y M. A. LÓPEZ SUAREZ, *Novos Retos para a Propiedade Intelectual. II Xornadas sobre a Propiedade Intelectual e o Dereito de Autor/a. A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007*. A Coruña, Universidade de A Coruña, Servizo de Publicacións, 2008, pág. 62.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

reproducciones RAM ni mucho menos que este tipo de copias posea significación económica propia en base a este motivo.

Igualmente, el hecho de que el disfrute en línea pueda ser el único uso que se le dé a una obra en el entorno digital no constituye argumento suficiente para justificar que las copias RAM generadas como producto del mismo deban contar necesariamente con significación económica independiente. Por una parte, son reducidos los supuestos en los que los titulares de derechos sobre una obra limitan su explotación al mercado *online*, renunciando a obtener beneficios de todos los sectores del mercado digital. Los mínimos costes de reproducción y distribución característicos de las obras digitales animan a la lícita búsqueda de la máxima rentabilidad a través de la explotación del mayor número posible de nichos existentes en el vasto mercado existente como son, entre otros, la comercialización de descargas, bien a través de Internet, bien a través de servicios de telefonía móvil, o la puesta en el mercado de la obra fijada en soportes ópticos tipo CD o DVD.

Por otro lado, y aún en el caso excepcional de aquellas obras que únicamente pudieran ser disfrutadas en un ámbito estrictamente en línea, su uso y disfrute requeriría indefectiblemente la realización automática de copias RAM, como elementos imprescindibles y no disociables del proceso tecnológico que lo facilitase. Al igual que cualquier otro tipo de copia realizada en la memoria principal de un computador, las fijaciones generadas a partir de una obra cuyo único disfrute posible sea *online* se caracterizarán por los rasgos generales de volatilidad e inaccesibilidad propios de toda reproducción RAM. Así, la imposibilidad de conservación, extracción y utilización de las mismas determinará la inexistencia de significación económica propia también en el caso concreto y poco frecuente de aquellas obras que tengan en el disfrute *online* su único uso posible en el entorno digital.

Finalmente, entiendo también incorrecto el considerar que la realización de copias en la memoria RAM supone el camino previo para el ulterior almacenamiento o descarga de la obra o prestación digitalizada, y que ello pueda considerarse un argumento válido para establecer la posible significación económica propia de las copias

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RAM generadas. Varias son las razones sobre las que cimento esta opinión personal.

En primer lugar, porque el registro de información en la memoria interna corre parejo y es consustancial al uso y disfrute de la obra, pero resulta excesivo pretender que de su naturaleza medial se derive *per se* la existencia de significación económica independiente. Se trata de un paso automático, imprescindible y no controlado por el usuario, que se da invariablemente en todos los supuestos de uso y disfrute de la obra en el mundo digital, por lo que, como es lógico, también se encontrará presente en los supuestos de descarga de obras protegidas en el disco duro de un computador. Sin embargo, no se puede disociar o eliminar del proceso técnico que garantiza tal uso y disfrute, por lo que, a mi juicio, no es correcto afirmar que, por el mero hecho de participar en el proceso que permite la descarga de obras y tener ésta una clara significación económica para el titular de los derechos sobre las mismas, también las copias RAM deberán de ser consideradas igualmente como poseedoras de significación económica propia.

En segundo lugar, porque la valoración de la posible significación económica de las reproducciones RAM debe hacerse atendiendo a todo el conjunto posible de supuestos de uso y disfrute de la obra en el entorno digital, y no sólo en base al caso particular de las descargas.

Pero finalmente porque, tal y como ha indicado acertadamente BERCOVITZ, la aprobación del artículo 31.1 TRLPI generalizó en nuestro ordenamiento el principio de que las reproducciones meramente instrumentales en una cadena de comunicación no son relevantes y que lo importante es el resultado final[137]. Si bien es cierto que las reproducciones RAM son un paso más en el camino que lleva en última instancia a la descarga efectiva de una obra, entendemos que su carácter medial, como rasgo genérico común a todos los posibles supuestos que les dan origen, es el elemento clave que nos obliga, en rigor, a tener que considerarlas como jurídicamente irrelevantes, del mismo modo a como se ha venido aceptando respecto de las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias. Por ello, en un supuesto de descarga de una obra habrá que atender al resultado final,

---

137 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 107.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

es decir, a la legitimación de quien realiza el acto concreto y a las consecuencias jurídicas que se deriven del mismo para el titular de los derechos, obviando, por intrascendentes, todos aquellos pasos intermedios de naturaleza medial que hayan tenido lugar durante el proceso en la red de comunicaciones.

Por todo ello y apoyándonos en los tres argumentos que hemos desarrollado en este apartado —la naturaleza automática y técnicamente inexcusable de las copias RAM para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital; la volatilidad e inaccesibilidad de las mismas; y, por último, su nulo valor económico, al no existir mercado alguno basado en la explotación de este tipo de reproducciones—, llegamos a la conclusión de que la ausencia de significación económica propia es como rasgo común de las reproducciones RAM, *en general*, independientemente del proceso o aplicación que les dé origen, por lo que entiendo que resulta salvado el único obstáculo de peso que impedía la concurrencia de todos los requisitos establecidos en el artículo 31.1 TRLPI para la exención de este tipo de reproducciones provisionales de la pertinente autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra copiada.

Resolvemos de este modo la disyuntiva planteada en su día por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, quien apuntaba que "*la copia RAM tendrá significado económico siempre o no lo tendrá nunca. Si lo tiene siempre será necesaria la autorización de los titulares.*"[138], si bien en sentido diametralmente opuesto a la posición que este respetado autor ha venido tradicionalmente manteniendo. La tesis que defendemos es, en suma, que las copias RAM nunca tienen significado económico.

¿Pero qué sucede con la disposición común del artículo 40 bis del TRLPI?. Como avanzamos, somos de la opinión que, dado el carácter interpretativo de la disposición, resulta imprescindible valorar de manera individualizada, caso por caso y no de manera genérica, el perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o el posible detrimento de la explotación normal de las obras. Huelga por tanto perder demasiado tiempo en disquisiciones al respecto, sin embargo,

[138] I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 30, nota 88.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

creemos que las principales ideas que han ido surgiendo de nuestro análisis de las reproducciones RAM, en especial aquellas relacionadas con la ausencia de significación económica de las mismas, resultarán determinantes a la hora de valorar cualquier caso concreto de generación de copias RAM. Prueba de ello es, sin duda, la aplicación abstracta del "test del significado económico independiente" propuesto por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Siendo por definición las copias RAM auxiliares o técnicas respecto de un acto de comunicación pública o puesta a disposición; no afectando las mismas a la explotación normal de la obra ni perjudicar injustificadamente los intereses de los titulares por no existir mercado de este tipo de reproducciones ni posibilidad alguna de comerciar con ellas; y no pudiendo esperar el legítimo titular de derechos una contraprestación económica por este tipo de reproducciones, pues, como explicaba GARCÍA MEXÍA, no hay posibilidad de comercializar los contenidos copiados en una fijación RAM de forma separada respecto de la obra o prestación principal protegidas, entendemos que queda muy poco margen, por no decir ninguno, para poder encontrarnos en la realidad cotidiana con un caso concreto de reproducción RAM que pueda chocar con las disposiciones del artículo 40 bis TRLPI.

Por último y como conclusión en relación a las reproducciones RAM *en general* —es decir, las originadas durante el proceso de ejecución de cualquier programa o aplicación por parte de un computador—, todas aquellas fijaciones en la memoria interna realizadas con la única finalidad de facilitar bien una transmisión en red entre terceros por un intermediario, bien una utilización lícita, entendemos que se encuentran excluidas, en principio, del derecho de reproducción del respectivo autor o derechohabiente *ex* artículo 31.1 TRLPI, a salvo del necesario concurso interpretativo para cada caso concreto del principio genérico contenido en el artículo 40 bis. En este conjunto de fijaciones entendemos que se deben incluir también todas aquellas reproducciones nacidas a partir de una utilización no autorizada que tengan como finalidad facilitar una comunicación entre

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

terceras partes a través de una red, de acuerdo con lo ya argumentado en párrafos anteriores[139].

c) La incardinación de las copias RAM originadas durante el intercambio de archivos a través de redes P2P en la excepción del art. 31.1.

A continuación, debemos preguntarnos si las copias RAM generadas *en particular* por la puesta en marcha de una aplicación P2P de intercambio de archivos, pueden o no responder a la finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario y si pueden o no suponer una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o la ley. En caso afirmativo, estas copias temporales podrían encontrarse amparadas por el límite del 31.1 TRLPI. En caso contrario, aquellas que reprodujesen total o parcialmente una obra protegida, precisarían de autorización por parte del titular de los derechos sobre la misma.

Como explicamos en los primeros apartados de este trabajo, una red P2P es una red de comunicación en la que el intercambio de información y recursos entre sus diversos puntos se produce en términos de paridad, de manera autónoma y sin la intervención de un sistema centralizado o jerarquizado que coordine dichas relaciones, mientras que las aplicaciones P2P son programas informáticos que permiten, a través de diferentes maneras y protocolos en constante

---

139 A favor de considerar también las copias RAM como excluidas en general del derecho de reproducción, entre otros: T. HOEREN, «An Assessment of long-term solutions in the context of copyright and electronic delivery services and multimedia products» Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995, págs. 27 y 28; R. S. VERMUT, *op cit.*, epígrafe X; S. R. CALVERT, «A Digital World Out of Balance», SANTA CLARA COMPUTER AND HIGH TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 13, número 2 (1997), pág. 554; P. SAMUELSON, *op. cit.*, pág. 369 y ss.; P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*. Digital Intellectual Property Practice Economic Report (DIPPER), 30 September 1999, págs. 21 y 22 y «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», EIPR, volumen 22, número 10 (2000), pág. 482 y ss.; M. DOHERTY AND I. GRIFFITHS, «The Harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age», EIPR, volumen 22, número 1 (2000), pág. 18; y S. RICKETSON, «WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment», SCCR/9/7, Standing Committee on Copyright and Related Rights. Ninth Session. Geneva, June 23 to 27, 2003, pág. 80. De entre nuestra doctrina científica, como ya se avanzó, es de justicia destacar a R. JULIÀ-BARCELÓ, *op. cit.*, pág. 116; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, págs. 282 a 285; y J. MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, págs. 61 a 71.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

evolución, el intercambio de información entre los diversos puntos que forman parte de dicha red. Los interrogantes, en suma, que debemos afrontar en primer lugar y al objeto de determinar si las copias RAM generadas por el empleo de aplicaciones P2P de intercambio de archivos responden o no a la finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceras partes son, por un lado, si es posible considerar que estas aplicaciones P2P realizan un papel de intermediario y, en caso de ser así, si constituye su única finalidad el facilitar transmisiones en red entre terceros.

De acuerdo con la DCE, la *actividad* que se desarrolla mediante aplicaciones P2P a través de una red de pares encaja plenamente en la definición de servicio de la sociedad de la información que existe en el Derecho Comunitario, al no existir dificultad alguna en considerar a éstas como instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, que ofrecen, generalmente de manera simultánea, un servicio de transmisión de información a través de una red de comunicación y, en determinados casos, el alojamiento de la información facilitada por el destinatario del servicio[140].

La transposición realizada en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)[141], refuerza aún más, si cabe, esta interpretación, al singularizar como incluidos dentro de este tipo de servicios la descarga de archivos[142] e identificar la transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en red como actividades de intermediación que pueden realizar los prestadores de servicios de la sociedad de la información[143]. De este modo, aquella persona física o jurídica que los lleve a cabo gozará, de la consideración jurídica de prestador de servicios intermediarios, al actuar como intermediario en la transmisión de contenidos a través de una red, pudiendo beneficiarse, por un lado, de las exenciones de responsabilidad establecidas en la normativa comunitaria[144], de acuerdo con la

140 Véase Considerandos 17 y 18 DCE.

141 Boletín Oficial del Estado. Núm. 166, de 12 de julio; corrección de errores en núm. 187, de 6 de agosto.

142 Punto II de la Exposición de Motivos.

143 Punto III de la Exposición de Motivos y Anexo b).

144 Véanse artículos 12 a 15 y Considerandos 42 a 48 DCE.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

transposición realizada en nuestro ordenamiento por la LSSI[145] y en la medida en que cumpla los requisitos normativos establecidos para ello, y por otro, de la excepción al derecho de reproducción de terceros derechohabientes por aquellas reproducciones provisionales de carácter técnico realizadas durante la realización de su actividad, también conforme a los requisitos establecidos en la DDASI[146], de acuerdo con su transposición a nuestro ordenamiento en el artículo 31.1 TRLPI, merced a la Ley 23/2006, de 7 de julio.

De esta consideración en conjunto del tratamiento normativo que se hace en el Derecho comunitario y en nuestro marco jurídico nacional, entendemos que resulta claro que las expresiones "prestador de servicios intermediario" e "intermediario" designan una misma realidad. Si bien es cierto que no existe una regla concreta de coordinación en la Ley de Propiedad Intelectual[147], entendemos que esto no es óbice para negar la concordancia de ambos términos. Por una parte, como ya hemos explicado, DCE y LSSI asignan sus respectivos regímenes de responsabilidad a los sujetos que desempeñan un determinado rol de intermediario en la prestación de servicios de la sociedad de la información, optando el legislador español por una expresión diferente a la de la versión en lengua castellana de la DCE, lo cual no es una práctica extraña en el proceso de transposición de normas comunitarias, ni debe interpretarse necesariamente como reflejo de la voluntad del legislador español por diferenciar terminológicamente supuestos de hecho distintos. Por otro lado, DDASI y TRLPI establecen sus respectivos regímenes de límites al derecho de reproducción para el mismo tipo de actos transitorios realizados por quienes denominan como "intermediarios" en un proceso de transmisión en red entre terceras partes. La coincidencia a la hora de utilizar el mismo término[148], simplemente corrobora la igualdad apuntada en base a lo dispuesto en la DCE y la LSSI y

---

145 Véanse artículos 1 y 13 a 17 LSSI.

146 Véase artículo 5 y Considerandos 32 a 36 DDASI.

147 Como advierte I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 3ª ed., pág. 542.

148 Véase también el Considerando 59 DDASI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

confirma, finalmente, la identidad entre las expresiones "prestador de servicios intermediario" e "intermediario"[149].

La otra gran cuestión en este tema es la relativa al sujeto que puede gozar de la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información, es decir, *¿quién*, en virtud de su actividad, puede ser considerado un intermediario de cara a disfrutar del régimen de responsabilidad establecido en la LSSI, en particular por la transmisión de datos facilitados por terceros a través de una red de comunicaciones?

De manera ciertamente amplia, la figura del prestador de servicios se ha definido como cualquier persona física o jurídica que suministra o proporciona un servicio de la sociedad de la información[150]. Si bien de la lectura de la DCE y la LSSI[151] podría deducirse que la actividad sólo cabe ser realizada dentro de una actividad empresarial o profesional[152], incluso no remunerada[153], quedando excluidos del conjunto de obligaciones y derechos derivados de estas normas aquéllos que ofrezcan servicios que no constituyan una actividad económica, lo cierto es que la amplitud de la definición no impide, *per se*, que puedan resultar englobados en la misma todos aquellos sujetos que dispongan de un sitio de Internet a través del cual realicen de manera regular alguna de las actividades reconocidas legalmente como un servicio de la sociedad de la

---

149 En el mismo sentido M. A. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, págs. 165 y 166.

150 Artículo 2.b) DCE y anexo c) LSSI.

151 Véase considerandos 2, 18 y 19 DCE, punto II de la exposición de motivos, artículo 10 y anexo i) LSSI.

152 Así, M. A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, 10ª edición. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2008, pág. 226; S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en S. CAVANILLAS MÚGICA ET AL., *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, *op. cit.*, pág. 8; A. GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada, Comares, 2004, pág. 213; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en R. MATEU DE ROS Y M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (coords.), *Derecho de Internet*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2003, pág. 29; e I. CRESPO VITORIQUE, «Comentario al Artículo 10», en J. CREMADES Y J L. GONZÁLEZ MONTES (coords.), *La nueva ley de Internet*. Madrid, La Ley, 2003, pág. 217.

153 Considerando 18 DCE y anexo a) LSSI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

información[154]. Esto implica, como apunta CAVANILLAS MÚGICA, que le puedan ser aplicables analógicamente alguna de las reglas contenidas en la LSSI, en concreto las relativas a la responsabilidad derivada del ejercicio de estas actividades, mientras que, en cambio, los deberes de información, colaboración y retención de datos no son exigibles de dichos prestadores con fundamento en esta norma, sin perjuicio de que en algún caso lo sean con otra base legal[155].

Todo ello implica, como primera conclusión, que quienes desarrollen una actividad económica consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio a través de una red P2P y también quienes realicen de manera regular dicho servicio, aún sin constituir actividad económica, desempeñan una labor de intermediación susceptible de gozar de la consideración legal de prestadores de servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, las copias o reproducciones RAM que se generen en sus equipos durante la puesta en marcha de una aplicación P2P, lo hacen como parte de una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario. Sin embargo y para determinar el posible juego de la excepción del artículo 31.1 TRLPI debemos determinar a continuación si la facilitación de dichas transmisiones constituye su *única* finalidad.

Como sabemos, la finalidad única de la realización de copias RAM es permitir la ejecución de los procesos, programas o aplicaciones que se encuentran en marcha en un computador en un momento determinado, mientras que la finalidad básica de las

---

154 De esta opinión, entiendo que son J. J. MARTOS, *Imposición Indirecta del Comercio Electrónico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 37 y 38; M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en Internet*. Granada, Comares, 2003, págs. 11 y 12; J. CREMADES, «Comentario al artículo 1», en J. CREMADES Y J. L. GONZÁLEZ MONTES, *op. cit.*, pág. 84; I. SANTAELLA GARCÍA-ROYO, «Comentario al artículo 6», en J. CREMADES Y J. L. GONZÁLEZ MONTES, *op. cit.*, pág. 133; C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Servidores*. Madrid, Difusa, 2002, pág. 60; y J. PLAZA PENADÉS, *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson, 2002, págs. 230 y 231.

155 S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 9. En el mismo sentido, M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op, cit.*, págs. 217 y 218. Véase también, de este último autor, *ibídem*, págs. 321 a 345.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aplicaciones P2P es el intercambio de información y datos entre terceros a través de una red mediante el concurso de dicha tecnología. Dada la existencia de cientos de aplicaciones P2P destinadas al intercambio de archivos, que no todas son iguales en cuanto a su funcionamiento y características, y que muchas de ellas ofrecen diversas herramientas complementarias de esta finalidad básica —con frecuencia destinadas a la búsqueda de información—, es imposible afirmar de manera categórica que el intercambio de datos entre terceros en red constituya la "única" finalidad de dichas aplicaciones. Sin embargo, sí es posible mantener que, en términos generales, esta actividad constituye su finalidad *principal*, la cual, en el caso de algunas aplicaciones en concreto, puede llegar a ser también su única finalidad.

¿Puede entenderse, por tanto, que constituye la única finalidad de las copias RAM realizadas durante la puesta en marcha de una aplicación P2P la facilitación de transmisiones en red entre terceras partes? En mi opinión sí.

En primer lugar, porque, en el contexto del artículo 31.1 TRLPI, interpretar el término "único" como sinónimo de "exclusivo" podría resultar ciertamente excesivo, al afectar este requisito a dos acciones diferentes: por un lado la facilitación de transmisiones en red entre terceras partes por un intermediario y, por otro, la utilización lícita de una obra. Una interpretación ponderada del mismo permite, por una parte y como ya se ha hecho con el primer tipo de supuestos, mantener la existencia de autorizaciones implícitas de acuerdo con los principios generales del Derecho, más allá de las exclusivamente autorizadas por el autor o la ley[156], y, para el segundo tipo de supuestos, el juego de la excepción respecto de aquellos actos de reproducción provisional, como en el caso concreto de las copias RAM realizadas durante la puesta en marcha de una aplicación P2P,

---

156 Como afirman, entre otros, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 544 (3ª ed.) y 584 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 333 y ss., y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 29 a 31; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 71 y 72; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 153 y 163.; y B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 355 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuya finalidad "principal" sea la de facilitar transmisiones a través de una red entre terceros.

En segundo lugar, porque la interpretación moderada que proponemos encuentra su sentido práctico en el hecho de que, aunque pudiera parecer posible la existencia teórica de aplicaciones P2P destinadas al intercambio de archivos que no tuviesen por finalidad "principal" la transmisión en red de información entre terceros, lo cierto es que, de existir, tales aplicaciones no serían ya programas de intercambio de archivos, sino otra cosa completamente diferente. La razón está en que, tanto las aplicaciones P2P cuya *única* finalidad es el facilitar transmisiones en red entre terceras partes, como aquellas otras aplicaciones P2P que *además* tienen otras finalidades complementarias, constituyen dos subcategorías dentro de la genérica de las aplicaciones P2P dedicadas al intercambio de información entre terceros en una red. Esta circunstancia permite apreciar plenamente como la cualidad de actividad "principal" de facilitación de transmisiones en red entre terceras partes, aún eventualmente acompañada de otras complementarias, es uno de los rasgos esenciales de las aplicaciones de intercambio de datos e información a través de una red P2P. Por ello, entendemos que, respecto de este tipo de aplicaciones P2P, el requisito de que su "única" finalidad deba de consistir en facilitar una transmisión en red entre terceras partes, como se demanda para el juego de la excepción del artículo 31.1 TRLPI, se satisface cuando se trata de su actividad "principal".

El que la facilitación de transmisiones en red entre terceras partes constituya la única finalidad de las copias RAM realizadas durante la puesta en marcha de una aplicación P2P, junto con la circunstancia de que, como vimos en primer lugar, este tipo de aplicaciones realizan una labor de intermediación en la transmisión de contenidos a través de una red de comunicaciones, entendemos que permiten afirmar, como consecuencia fundamental y sin ningún género de dudas, que las copias RAM generadas por la puesta en marcha de una aplicación P2P responden a la finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por ello, son susceptibles de quedar excluidas del derecho de reproducción[157] en virtud de la excepción del artículo 31.1 TRLPI del mismo modo en que acontece con las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias, por tratarse de reproducciones transitorias o accesorias, carentes de significación económica propia, y que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad es facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, a salvo de la valoración individualizada que para cada caso concreto deba de hacerse en relación a las disposiciones del artículo 40 bis TRLPI.

Finalmente, tan sólo resta responder a la cuestión de si las copias RAM generadas por la puesta en marcha de una aplicación P2P, pueden o no suponer una utilización lícita. En este sentido y al igual que otras muchas tecnologías propias del ámbito digital, las aplicaciones P2P pueden permitir usos autorizados por el autor o por ley, constituyendo los supuestos más comunes la transmisión de obras no sujetas a derechos de autor o de aquellas debidamente autorizadas por sus titulares.

En suma, la generación de copias RAM en un computador como consecuencia de la puesta en funcionamiento de una aplicación P2P de intercambio de archivos responde, por una parte, a la finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceros por un intermediario y, en determinados casos, puede provenir de una utilización lícita. Por ello, dichas fijaciones en memoria RAM son plenamente susceptibles de quedar al amparo del límite establecido por el artículo 31.1 TRLPI, no siendo necesario que el usuario disponga de autorización previa por parte del titular de derechos cuando las mismas reproduzcan, total o parcialmente, una obra protegida.

d) ¿Constituyen las copias RAM reproducciones en sentido técnico-jurídico?

Puesto que, de acuerdo con nuestras conclusiones, tanto las copias RAM como las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias coinciden en ser susceptibles de quedar excluidas del

[157] Opinión que también comparte D. I. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 7th edition. Harlow, England, Pearson, 2009, pág. 204.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

derecho de reproducción, creemos necesario preguntarnos si no sería posible deducir algún otro paralelismo de relevancia entre ambos tipos de fijaciones. En concreto, la cuestión que nos gustaría plantearnos ahora es si la misma tesis que sostiene que las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias deberían de ser excluidas de la categoría de reproducciones —pues no permiten la comunicación o la obtención de copias en el sentido del artículo 18 TRLPI, sino que simplemente hacen posible, desde un punto de vista técnico, estos dos usos ulteriores de la obra—[158], podría ser aplicable, *mutatis mutandis*, a las reproducciones RAM.

Como sabemos, las copias que se realizan en la memoria RAM de un computador carecen de relevancia económica por su volatilidad e inaccesibilidad, lo cual determina su nulo valor comercial y explica la inexistencia de un mercado propio de este tipo de reproducciones; por otra parte, existe unanimidad doctrinal a la hora de aceptar que las copias técnicas, efímeras o intermedias destinadas a facilitar una transmisión en red entre terceros por parte de un intermediario carecen de relevancia económica, pues no implican un acceso a la obra y forman parte esencial de un proceso tecnológico cuya única función consiste en permitir una transmisión entre dos puntos de una red de comunicaciones.

Puesto que, por una parte, no es posible acceder a la información contenida en la memoria RAM, ni extraerla, ni conservarla, y, por otra, un grupo importante de autores sostiene que las copias RAM forman parte integral y esencial del proceso tecnológico de comunicación necesario para el uso y disfrute de las obras en el ámbito digital[159], la duda que pretendemos despejar en este punto es si es posible afirmar que las copias RAM podrían ser consideradas como excluidas también de la categoría de reproducciones, de acuerdo con

---

158 Así, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 136, 137 y 160; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 541 (3ª ed.) y 582 (4 ed.), y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 25 y 26; y F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

159 Entre ellos J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 68 y 69; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 119; F. ORTEGA DÍAZ, *op.cit.*, pág. 88; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 153; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 28.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

la definición establecida en nuestro ordenamiento, del mismo modo en que se ha venido manteniendo al respecto de las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias.

Esta misma interrogante ha sido debatida en otros foros bien diferenciados y con un balance ciertamente poco clarificador. En el plano político, las naciones con poderosas industrias culturales no han dudado en adoptar, como directriz política de primer orden, la promoción de acuerdos internacionales que recogiesen como principio normativo la idea de que cualquier copia temporal o provisional de una obra protegida realizada en el ámbito digital constituye invariablemente una reproducción en sentido jurídico[160], lo cual ha condicionado y limitado cualquier oportunidad de establecer un debate riguroso sobre el tema en sede supranacional. En el plano normativo, no son pocas las legislaciones nacionales que, constreñidas en cierto modo por estos convenios internacionales, reflejan un pobre o interesado entendimiento de la naturaleza de la realización de copias RAM y de los atributos técnicos de las fijaciones realizadas en la memoria interna, a la hora de articular legalmente su sistema de protección de los derechos de autor[161]. En el plano jurisdiccional y como consecuencia directa de la indefinición normativa de las reproducciones RAM a nivel nacional, las diferentes decisiones dictadas en Estados Unidos[162], Australia[163], Reino Unido[164], Francia[165]

---

160 Con los Estados Unidos de América a la cabeza. Véase, P. SAMUELSON, *op. cit.*, punto III.A.

161 Véase, por lo que respecta también a Estados Unidos: J. L. SIGALL, «Copyright Infringement Was Never this Easy: RAM Copies and Their Impact on the Scope of Copyright Protection for Computer Programs», THE CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 45, número 1 (1995), pág. 181 y ss.; K. J. MATHEWS, «Misunderstanding RAM: Digital Embodiments and Copyright», BOSTON COLLEGE INTELLECTUAL PROPERTY & TECHNOLOGY FORUM (1997), disponible en: <*http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/content/1997041501.html*>; y G. MCCORD HOFFMANN, «Arguments for the Need for Statutory Solutions to the Copyright Problem Presented by RAM Copies Made during Web Browsing», TEXAS INTELLECTUAL PROPERTY LAW JOURNAL, volumen 9, número 1 (2000), pág. 97 y ss.

162 *MAY Systems Corp.* v. *Peak Computer, Inc.* 991 F.2d 511, 518-19, 26 USPQ 2d (BNA) 1458, 1463-64 (9th Cir. 1993); *Advanced Computer Services of Michigan, Inc.* v. *MAI Systems Corp.* 845 F. Supp. 356 (E.D. Va. 1994); *Triad Systems Corp.* v. *Southeastern Express Co.*, 31 USPQ 2d 1239, 1243 (N.D.C. 1994); *Marobie-FL, Inc.* v. *National Assotiation of Fire Equipment Distributors* and *Northwest Nexus, Inc.* 986 F. Supp. 1167, 1997 US Dist. LEXIS 18764, 45 USPQD 2d (BNA) 1236; *CoStar Group, Inc.* v. *LoopNet,*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y Alemania[166], nacen viciadas de importantes carencias de rigor técnico-informático[167], lo cual convierte en desalentadoramente fútil casi cualquier intento de aprovechar las conclusiones judiciales vertidas en el ámbito del derecho comparado. Todos estos factores nos llevan, en suma, a no poder más que afirmar la persistencia de una marcada división doctrinal a la hora de decidir si las copias RAM entran o no dentro del ámbito objetivo del derecho de reproducción[168], y el interés, necesidad y urgencia por dilucidar de manera rotunda esta cuestión, al menos desde la perspectiva de la normativa española sobre propiedad intelectual.

Inc. 373 F.3d 544, 551, 71 USPQ 2d (BNA) 1096, 1101 (4th Cir. 2004); y *The Cartoon Network LP, LLLP* v. *CSC Holdings, Inc.* 536 F.3d 121, 124, 87 USPQ 2d (BNA) 1641, 1643 (2d Cir. 2008) cert. denied, 129 S. Ct. 2890. Véanse, J. BAND AND J. MARCINKO, «A New Perspective on Temporary Copies: The Fourth Circuit's Opinion in CoStar v. LoopNet», STANFORD TECHNOLOGY LAW REVIEW (2005) pág. 1 y ss.; y A. PERZANOWSKI, «Fixing RAM Copies», NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 104, número 3 (2010), pág. 1067 y ss.

163 *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment et al.* v. *Stevens* [2003] FCAFC 157; *Australian Video Retailers Association Ltd* v. *Warner Home Video Pty Ltd* (2001) 114 FCR 324; *Microsoft Corp* v. *Business Boost Pty Ltd* (2000) 49 IPR 573; y *Dyason* v. *Autodesk Inc* (1990) 24 FCR 147.

164 *Sony Computer Entertainment Inc* v *Ball* [2004] EWHC 1738 (Ch).

165 *Societe des Producteurs de Phonogrammes en France et Union des Producteurs Phonographiques Francais Independants* c/ *S.A. Cherie Fm et S.A. NRJ.* TGI Paris, 3ème chambre 1ère section. Nº RG 00/09247. 15 Mai 2002.

166 Casos *Elektronisches Pressarchiv*, Landgericht Hamburg, 02/05/1996 y *Roche Lexicon*, Landgericht Hamburg, aktenzeichen 308 O 205/00, entscheidung von 12. Juli 2000.

167 Baste señalar, a modo de ejemplo, que en el caso MAI el tribunal consideró como hecho probado que el *software* del demandante fue cargado en la "memoria RAM" por un empleado del demandado, accediendo posteriormente a él, de modo que pudo ser reproducido a través de una pantalla o, de haberse deseado así, impreso en papel. *MAY Systems Corp.* v. *Peak Computer, Inc.*, párrafos 33, 34 y 39. Esta descripción de hechos no encaja con las posibilidades técnicas que permite la memoria RAM y que hemos detallado profusamente en este trabajo. Más bien parece tratarse de reproducciones realizadas directamente en el disco duro. Parecidos ejemplos de poca claridad técnica que no permiten distinguir con certeza el tipo de reproducciones enjuiciadas se encuentran en *CoStar Group, Inc.* v. *LoopNet, Inc.*, I, párrafo tercero, y III, párrafo tercero; *The Cartoon Network LP, LLLP* v. *CSC Holdings, Inc.*, págs. 363 y 518; y *Sony Computer Entertainment Inc* v *Ball*, párrafos 13, 17 y 30.

168 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 293 a 303. Véase, sobre las diferencias doctrinales en Estados Unidos, Francia y Alemania, pág. 293 a 306.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Para ello, comenzaremos primero respondiendo a la interrogante de si las fijaciones RAM permiten la comunicación y obtención de copias en el sentido establecido en el artículo 18 TRLPI.

Por su naturaleza instrumental es evidente que las reproducciones en la memoria interna permiten —en cuanto a que hacen posible—, todo el conjunto de actividades de uso y disfrute de la obra en el contexto digital, hasta el punto de que, en su ausencia, éstas no tendrían lugar. No obstante, es necesario profundizar un poco más allá en la materia partiendo de tres cuestiones concretas como son el tipo de contenido que albergan las copias RAM, la posibilidad de que se incluyan obras o partes de obras protegidas en dichas copias y, finalmente, la posibilidad de comunicar públicamente u obtener una copia de la información contenida en una reproducción RAM. Como vimos con anterioridad, las copias en memoria RAM están compuestas por datos asociados a las aplicaciones que se están ejecutando por parte de un computador lo cual puede incluir también total o parcialmente obras protegidas, en la medida en que constituyan información imprescindible que permitan el uso y disfrute de dichas obras a través de una pantalla. Sin embargo y como ya sabemos, las copias RAM no son accesibles por el usuario más allá de la mera descripción de su contenido, y no se pueden copiar ni comunicar públicamente de manera independiente, por lo que, de incluir obras o fragmentos de obras protegidas las mismas estarán fuera del alcance de cualquier usuario del equipo.

¿Qué debemos de tener en cuenta, por tanto, para valorar si las copias RAM permiten la comunicación y obtención de copias en el sentido del artículo 18 TRLPI? En mi opinión, debemos de atender, a la finalidad de la producción de este tipo de reproducciones provisionales, y la misma no es la realización de copias o la comunicación pública de una determinada información, sino, simplemente, el posibilitar ulteriores usos de la misma, entre ellos la creación de copias y la comunicación pública, lo cual es significativamente diferente.

En calidad de reproducciones meramente instrumentales de una cadena de comunicación, lo definitorio por tanto de la generación de copias RAM es que nacen con el objeto de posibilitar usos posteriores

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de obras protegidas y no con el fin de constituir copias o comunicaciones públicas de obras en sí mismas, lo cual chocaría con su naturaleza volátil e inaccesible hasta el punto de constituir una incongruencia técnica insostenible.

Si subo una fotografía a mi blog personal, por ejemplo, cualquier visitante que la visualice almacenará automáticamente datos relativos a esta obra en la memoria RAM de su computador, información como la ubicación del sitio web donde está alojada, su tamaño, el nombre del archivo que la contiene, e incluso, en algunos casos, la propia obra o fragmentos de ella. Sin embargo, la razón de que esto sea así obedece a facilitar y permitir un posterior uso y disfrute de la misma, el cual puede acontecer si este usuario desea, por ejemplo, descargar una copia de dicha fotografía. Para ello, la aplicación que ponga en funcionamiento realizará este proceso sirviéndose de los datos almacenados en la memoria interna, pero copiará la obra desde el servidor que aloja los contenidos mostrados en mi blog personal, y no desde la memoria principal de su equipo, pues como sabemos los datos contenidos en la memoria RAM no son accesibles y, por tanto, no se pueden copiar ni comunicar públicamente.

El hecho de que lo fijado en la memoria interna no se pueda copiar ni comunicar públicamente es de una gran importancia y constituye un rasgo esencial de la finalidad que defendemos que tiene la realización de copias RAM. A nuestro juicio, *lo verdaderamente importante de cualquier fijación más o menos provisional realizada en la memoria de un computador en relación con los derechos de propiedad intelectual no es tanto la duración o temporalidad de la misma, sino qué es lo que se puede hacer a partir de ellas, es decir, que posibilidades hay de realizar actos de copia o comunicación pública a partir de dichas fijaciones* [169]. Con relación a las reproducciones en memoria RAM no es posible darle ninguno de estos dos usos a las mismas por lo que debe necesariamente concluirse, a mi entender, que *la finalidad última de la realización de*

[169] Idea expresada precisamente en referencia a las copias RAM por el Juez F. M. SMITH con las siguientes palabras: "*Copyright law is not so much concerned with the temporal "duration" of a copy as it is with what that copy does, and what it is capable of doing, while it exists.*" *Triad Systems Corp.* v. *Southeastern Express Co.*, 31 USPQ 2d 1239, 1243 (N.D.C. 1994), párrafo 21. En el mismo sentido, D. J. LOUNDY, *op. cit.*, pág. 12.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

copias de datos e información en la memoria RAM no es permitir la comunicación y obtención de copias de obras protegidas en el sentido jurídico del artículo 18, sino hacer posible o permitir técnicamente las mismas[170].

Como elemento a valorar a continuación, pese a las diferencias existentes entre reproducciones técnicas, efímeras o intermedias —las cuales se generan en el proceso de comunicación entre dos puntos de la red—, y reproducciones RAM —las cuales se generan en la memoria interna de un computador para almacenar la información y datos asociados a las aplicaciones que se están ejecutando en un momento determinado—, resulta claro que ambas comparten un marcado carácter técnico e intermedio, el cual hace que nos planteemos hasta qué punto, y desde una perspectiva funcional, las copias RAM no podrían ser consideradas una especialidad subsumible dentro de la categoría de las copias técnicas, efímeras o intermedias.

Si bien es cierto que las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias pueden implicar la realización de fijaciones temporales de obras protegidas, aunque sin acceso a las mismas, dentro del contexto de un proceso tecnológico cuya única función consiste en facilitar una transmisión en red, no es menos cierto que, como hemos detallado en páginas anteriores, también las copias RAM implican la realización de reproducciones temporales inaccesibles de información, datos y, en ocasiones, obras protegidas, dentro del contexto de un proceso tecnológico cuya única función consiste en facilitar una transmisión en red o un uso lícito. Por ello, *ambos tipos de reproducciones parecen ser instrumentales y generadas automáticamente como pasos intermedios parte de una cadena de comunicación en red iniciada por los usuarios, por lo que, a nuestro juicio, podría afirmarse sin problemas la pertenencia de ambas a una misma categoría.*

Finalmente, al no permitir las reproducciones RAM la comunicación u obtención de copias en el sentido recogido en el artículo 18 TRLPI, y limitarse tan solo a hacer técnicamente posible

---

170 En contra, manteniendo que las copias RAM permiten la percepción y utilización de la obra, por lo que pueden afectar al derecho exclusivo de reproducción de los derechohabientes, por cuanto sirven potencialmente para la comunicación al público y la obtención de copias de todo o parte de ellas, destaca F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 107, 126 y 127.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

estos dos usos ulteriores de la obra, en buena lógica cabe preguntarse si las copias RAM deberían de ser excluidas de la categoría de reproducciones, del mismo modo en que se ha mantenido respecto de las copias efímeras, técnicas o intermedias[171], puesto que, además, no existen motivos de peso para considerar a ambos tipos de reproducciones como pertenecientes a categorías diferentes de fijaciones. Por los argumentos que expondré a continuación, entiendo que no parece haber nada en contra de aplicar los mismos razonamientos a ambos tipos de copias.

En primer lugar, por la concurrencia de esos dos caracteres comunes con las reproducciones efímeras, técnicas o intermedias que permiten afirmar la exclusión de este tipo de fijaciones del concepto de reproducción, es decir, el no permitir la comunicación u obtención de copias en el sentido recogido en el artículo 18 TRLPI, y el limitarse tan solo a hacer técnicamente posible estos dos usos ulteriores de obras protegidas.

En segundo lugar, porque como se ha venido aceptando por la mayoría de nuestra doctrina, las copias RAM cumplen sin problemas la mayor parte de los requisitos exigidos por el artículo 31.1 TRLPI al tratarse de reproducciones transitorias o accesorias, que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad es una utilización lícita[172] o bien facilitar una transmisión en red entre terceros.

En tercer lugar, por el conjunto de argumentos y conclusiones lógicas que hemos expuesto a lo largo de este trabajo en referencia a la ausencia de significación económica independiente en la realización de copias RAM. Elemento clave éste que subyace en la lógica del establecimiento del límite al derecho de reproducción contenido en el artículo 31.1 TRLPI, y que permite afirmar a GÓMEZ SEGADE que "*una reproducción temporal sin valor económico propio no constituye*

---

171 Como afirman S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 136, 137 y 160; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 25 y 26; y F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

172 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 543 (3ª ed.) y 583 (4ª ed.).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

reproducción en sentido técnico jurídico"[173], a MUÑOZ MACHADO que "*lo provisional y los usos que no tienen relevancia económica quedan fuera del concepto de reproducción*"[174], y a MARTÍN SALAMANCA que

> "la carencia de significación económica sitúa a este tipo de reproducciones [...] como algo ajeno al derecho de exclusiva de los titulares de facultades de propiedad intelectual. Esto es: la carencia de significación económica de una determinada utilización, en tanto implica ausencia de competencia o erosión a la explotación del objeto protegido, nunca pertenece al monopolio del titular real."[175]

La suma de estos razonamientos, a mi parecer, permite afirmar que *existen suficientes argumentos de peso para considerar a las copias RAM como no constitutivas de actos de reproducción en sentido estrictamente jurídico*[176]*, de acuerdo con la legislación española en la materia*, del mismo modo en que se ha venido afirmando respecto de las copias efímeras, técnicas o intermedias.

e) Los supuestos de reproducciones RAM surgidas del uso y disfrute de programas de ordenador y bases de datos.

Otra importante cuestión que debemos tocar para completar este análisis es si nuestras conclusiones sobre las reproducciones RAM en general podrían ser extrapolables de algún modo a otros

---

173 J. A. GÓMEZ SEGADE, «El Derecho de Autor en el entorno digital», *op. cit.*, pág. 319.

174 S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet.* Madrid, Taurus, 2000, pág. 212.

175 S. MARTÍN SALAMANCA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 278.

176 No podemos dejar de citar a HOEREN, quien ya en 1995 se manifestó claramente al respecto con las siguientes palabras: "*Storage in a RAM cannot be regarded as equivalent to the storage on a CD-ROM or a hard disk. The RAM is used as mere temporary instrument to store the digitised data for a short period. This interlocutory step is only made for technical reasons; the user is regularly not able to take advantage of this additional "copy". From a functional point of view, the use of digitised works in the RAM cannot be regarded as reproduction similar to those on CD-ROMs or other hard copy devices.*" "*In my view, such acts do not constitute a reproduction according to copyright law.*" T. HOEREN, *op. cit.*, págs. 28 y 55.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ámbitos próximos dentro del contexto digital, en concreto, a los programas de ordenador y a las bases de datos.

La razón principal para ello nos llega de la órbita del Derecho comunitario. Si bien el artículo 1 de la DSSI excluyó estos dos tipos de obras de las excepciones y limitaciones del derecho de reproducción previstas para las fijaciones provisionales especificadas en el artículo 5, la Comisión se ha mostrado a favor de simplificar y equiparar la terminología empleada en la DSSI y en las respectivas Directivas sobre la protección jurídica de programas de ordenador y bases de datos, de cara a permitir una respuesta acertada a situaciones de la vida cotidiana en las que es necesario aplicar varias de estas normativas —por ejemplo, en el supuesto de un DVD que contiene *software* además de obras literarias o artísticas—. En concreto y dentro del vivo debate generado en el seno de la Unión Europa sobre la necesaria armonización de las diferentes directivas que versan sobre el derecho de autor[177], la Comisión se ha mostrado a favor de la introducción de una nueva excepción en relación a los programas de ordenador y las bases de datos para homologar estas a la DSSI y, así, equiparar la regulación de las reproducciones provisionales en las tres directivas[178].

En segundo término, otro argumento de peso para no pasar por alto el análisis de la cuestión viene dado, como apunta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, por el marco no exento de confusión establecido a raíz de la transposición de la DSSI, muy especialmente tras las modificaciones de la Ley 23/2006, y la compleja situación resultante en nuestro Derecho interno para las reproducciones en memoria RAM de programas de ordenador y de bases de datos electrónicas[179].

---

177 Véase S. CÁMARA LAPUENTE, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 796 y 797.

178 Véase COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of Copyright and related rights.* Brussels, 19.7.2004. SEC(2004) 995, págs. 5, 6 y 17. Disponible *online* en el siguiente enlace: <*http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf*>

179 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 545 y 546; y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tal y como explicaremos a continuación, los frutos de nuestra investigación nos permiten afirmar que no es necesario llevar a cabo forzadas interpretaciones teóricas para justificar la plena analogía entre lo concluido en relación a las copias RAM en general con las reproducciones RAM generadas a partir de programas de ordenador y bases de datos, por lo que, a nuestro parecer, se pueden extender los resultados de este estudio a las tres figuras por igual.

En relación a los programas de ordenador, el TRLPI sintetizó los preceptos ya existentes en la redacción de 1987 de la Ley de Propiedad Intelectual con los mandatos de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de este tipo de obras[180], que se vería modificada a su vez por la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril[181], (DPO) la cual constituye en la actualidad la norma comunitaria de referencia, si bien respeta el contenido de la Directiva 91/250/CEE y no afecta en modo alguno a nuestro derecho interno. Así, los artículos 4.1 DPO y 99.a) TRLPI establecen el derecho exclusivo del titular de los derechos de explotación sobre un programa de ordenador a autorizar la reproducción, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria, precisándose dicha autorización cuando la "*carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento*" del programa requiera de tal reproducción. El correspondiente límite viene establecido en los artículos 5.1 DPO y 100.1 TRLPI al excluir la autorización "*cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.*"

Como hemos indicado, la fijación de reproducciones RAM en la memoria interna de un computador tiene su origen en la ejecución de una aplicación en un momento determinado, lo cual incluye, indiscutiblemente, los programas de ordenador, por lo que, la realización de este tipo de copias provisionales encaja de lleno dentro de los actos sujetos a autorización del titular de derechos sobre el programa en cuestión. Al ser las copias RAM generadas de manera

---

180 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 122, 17 de mayo de 1991, pág. 42 y ss.

181 Diario Oficial de la Unión Europea, L 111, 05 de mayo de 2009, pág. 16 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

automática con la única finalidad de permitir la ejecución del *software* que se encuentra en marcha en el computador, no parece haber duda de que se trataría de actos necesarios para la utilización de dicho programa con arreglo a su finalidad propuesta, debiendo considerarse como necesariamente excluidos del derecho del titular en virtud del artículo 100.1, cuando sean realizados por parte de usuario legitimado para ello.

De acuerdo con RODRÍGUEZ TAPIA, el límite del artículo 100.1 tiene que ser entendido como un añadido por razón de especialidad y no un sustituto del límite contemplado en el artículo 31.1 TRLPI, debiendo de ser interpretado a la luz del artículo 40 bis[182]. En este sentido, por una parte, el artículo 31.1 no excluye del marco general de los límites aplicables a las reproducciones provisionales a las realizadas a partir de programas de ordenador, como si hace de manera específica respecto del límite de uso privado regulado en el 31.2. Por otro lado, y de cara a aplicar el artículo 40 bis a nuestra interpretación de los artículos 99.a) y 100.1 TRLPI, entendemos que la generación de copias RAM a raíz de la ejecución de un programa de ordenador viene caracterizada con los mismos atributos señalados en relación a la producción de este tipo de reproducciones provisionales en general, es decir, por la naturaleza automática y técnicamente inexcusable de este tipo de copias para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital, por la volatilidad e inaccesibilidad de las mismas, y por su nulo valor económico, al no existir mercado alguno basado en la explotación de este tipo de reproducciones[183].

Todos ellos consideramos que son elementos clave a tener en cuenta a la hora de valorar para el caso concreto si las copias

---

182 J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 601.

183 Me posiciono también en este punto, al igual que respecto de mis conclusiones sobre las reproducciones RAM en general, en contra de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, quien sostiene que este tipo de copias permiten la explotación de programas de ordenador y bases de datos electrónicas, al entender que *todas* gozan de significación económica independiente, pues permiten la plena utilización y disfrute de la obra por el usuario. Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 545 y 546; y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

provisionales realizadas en la memoria RAM a partir de un programa de ordenador suponen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o el posible detrimento de la explotación normal de este tipo de obras. También lo es, y de manera destacada, la propia naturaleza técnica de la realización de este tipo de fijaciones, puesto que la información y datos asociados a la aplicación que estamos utilizando —en este caso un programa de ordenador—, como por ejemplo, la información derivada de las necesidades de gráficos y audio, resultan, por un lado, imprescindibles para la correcta puesta en marcha de este *software* por parte de nuestro computador y por otro, inaccesibles al usuario, no permitiendo dichas fijaciones en memoria RAM la comunicación u obtención de copias en el sentido recogido en el artículo 18 TRLPI, limitándose tan sólo a hacer técnicamente posible estos dos usos ulteriores de la obra. Si bien la obra objeto de protección conforme al artículo 96 TRLPI o partes de la misma pueden llegar técnicamente a formar parte de la información que se almacena en la memoria RAM, dichas fijaciones no podrán ser copiadas ni comunicadas, caso opuesto al de las copias del mismo *software* que se generarán en sede de memoria externa cuando sea cargado, presentado o ejecutado, como por ejemplo, en el disco duro o en la caché de disco y que, por ser no volátiles y accesibles, implicarán consecuencias jurídicas completamente distintas a las de las fijaciones RAM, como veremos en los siguientes apartados.

Con relación a las bases de datos, la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo[184], (DBD) es la principal referencia en derecho comunitario, habiendo sido incorporada con gran fidelidad a nuestro derecho interno por la Ley 5/1998, de 6 de marzo[185], al atenerse el legislador español a la literalidad de la norma europea que estaba transponiendo a nuestro sistema jurídico. La protección dispensada en el ordenamiento español de propiedad intelectual a las bases de datos, tanto electrónicas como no electrónicas, se conforma en torno a dos regímenes distintos[186]: el

---

184 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 77, 27 de marzo de 1996, pág. 20 y ss.

185 Boletín Oficial del Estado, núm. 57, de 7 de marzo de 1998.

186 Véase, por todos, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 134 y ss.; S. CÁMARA

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

otorgado a las bases de datos protegidas por el derecho de autor, que son aquellas revestidas del atributo de la "originalidad", en el sentido de suponer una creación intelectual por sí mismas[187]; y el concedido mediante el novedoso derecho denominado *sui generis*, cuya titularidad corresponde al fabricante de la base de datos, y que protege aquellas bases de datos no originales, cuando la obtención, verificación o presentación de su contenido represente una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo[188].

Por lo que respecta al primer sistema de protección, el autor de una base de datos tiene el derecho exclusivo a autorizar la reproducción temporal o permanente por cualquier modo o forma, excepto cuando se trate de *actos necesarios para el acceso al contenido* de la base y a su normal utilización por el usuario legítimo[189]. En los términos harto señalados a lo largo de este apartado, la realización de una copia RAM es un acto automático y técnicamente imprescindible para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital, lo cual implica que la realización de una reproducción provisional en la memoria interna del computador de un usuario legítimo cuando accede a una base de datos constituye un acto necesario para el acceso al contenido de la misma y no precisará, en principio, de autorización por parte del autor quedando por tanto, a salvo que la aplicación de las disposiciones del artículo 40 bis TRLPI al caso concreto determinen su improcedencia, dentro del límite recogido en el artículo 34.1[190]. En este sentido y en línea con lo

---

LAPUENTE, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 773 y ss.; y P. MARISCAL GARRIDO-FALLA Y G. MINERO ALEJANDRE, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 212 y ss.

187 *Videre* artículo 12 TRLPI y exposición de motivos de la Ley 5/1998. También considerando 16 y artículo 3.1 de la DBD.

188 Véase articulo 133.1 TRLPI y exposición de motivos y artículo 7 DBD.

189 Artículos 5 y 6 DBD y 34.1 TRLPI. Véase S. MARTÍN SALAMANCA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 317 y ss.; y G. MINERO ALEJANDRE, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 688 a 691.

190 Posibilidad ya apuntada por S. CÁMARA LAPUENTE, «Protección jurídica de las Bases de Datos en Internet», en J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ Y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid, La Ley, 2002, pág. 1609; y R. CASAS VALLÉS Y R. XALABARDER PLANTADA, «Propiedad Intelectual», en M.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dispuesto en la normativa comunitaria, la voluntad del legislador español es meridianamente clara al incluir, mediante el uso de la expresión "*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31*" al inicio de la redacción del artículo 34.2, a las reproducciones provisionales entre el conjunto de posibles excepciones al derecho exclusivo del derechohabiente.

Resulta de sumo interés resaltar que, a diferencia de cómo veremos que se hace en relación al segundo tipo de régimen de protección, la circunstancia de que entre la información fijada en la memoria RAM se pueda potencialmente incluir la totalidad de la base de datos o una parte de ella no constituye uno de los elementos normativos que regula el juego de la excepción. La convicción por parte del legislador comunitario de que el sistema armonizado de derechos de autor constituye una forma apropiada de protección de la *estructura* original y de su *contenido*, original o no, parece ofrecer una explicación parcial de por qué esto es así. La necesidad de proteger la *inversión* realizada por el fabricante, ya sea de medios financieros, tiempo o esfuerzo, para la obtención, verificación o presentación de dicho contenido, es lo que lleva a articular un segundo sistema que impida determinados actos de utilización en el que, como veremos, sí que se ha tenido en cuenta la posible afección de la totalidad o parte del contenido de la base para la definición de que actos están prohibidos y cuáles no.

En relación al segundo sistema de protección, el fabricante puede prohibir la "extracción" y/o "reutilización" de la totalidad o de partes *sustanciales* del contenido de ésta, evaluadas cualitativa o cuantitativamente, no estando autorizadas la extracción y/o utilización repetida o sistemática de partes *no sustanciales* que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante, reconociéndose, sin embargo, el derecho del usuario legítimo a extraer

---

PEGUERA POCH (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2010, pág. 471. En contra, por los mismos motivos ya expuestos en relación a los programas de ordenador, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 545 y 546.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y/o utilizar partes no sustanciales, con independencia del fin a que se destinen[191].

El artículo 133.3.b) TRLPI define "extracción" como "*la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice.*" La extracción es, por tanto, una actividad conceptualmente amplia[192] y equiparable, en cierta medida, a la facultad de reproducción conferida al autor, en el sentido que implica una fijación en un soporte diferente al original[193]. Como ha indicado el TJCE, cuando la mera visualización en pantalla del contenido de una base de datos requiera la *transferencia* de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la misma a otro soporte, esa visualización constituye ya en sí misma un acto de extracción que podrá estar sometido a la

---

[191] Artículos 133 y 134 TRLPI y artículos 7 y 8 DBD. Véase S. CÁMARA LAPUENTE, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 774 y ss.; y G. MINERO ALEJANDRE, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª ed., pág. 1.793 y ss.

[192] Véanse Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 2004 (Gran Sala), asunto C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd* v *William Hill Organization Ltd* (en adelante, caso British Horseracing), apartados 51 y 67; y de 9 de octubre de 2008 (Sala Cuarta), asunto C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH* v *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (caso Directmedia), apartados 31 y 34.

[193] Sobre la relación entre los conceptos de extracción y reproducción, véase E. BATALLER I RUIZ, *El Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos. Génesis, Evolución y Perspectivas*. Cizur Menor, Aranzadi—Thomson, 2009, pág. 146 y ss.; y M. A. BOUZA LÓPEZ, *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Bases de Datos*. Madrid, Reus, 2001, pág. 74 y ss. Sobre el concepto de extracción, *vid.* C. M. GARCÍA MIRETE, «La "extracción" de bases de datos: el pulso europeo entre la protección jurídica y el acceso a la información», ADI, volumen 29 (2008-2009), pág.137 y ss.; y, defendiendo la ampliación de las excepciones sobre los usuarios que puedan extraer o reutilizar una base de datos, «El futuro incierto de la directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 27, septiembre-diciembre (2007), pág. 67. Sobre la interpretación judicial del concepto de extracción, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 2004 (Gran Sala), asunto C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd* v *Svenska Spel AB* y el caso British Horseracing, así como el comentario de ambas en N. SANJUAN, «Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos: Análisis de la jurisprudencia comunitaria. Casos Fixtures y British Horseracing», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 22, enero-abril (2006), pág. 63 y ss..

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

autorización del titular del derecho[194]. En relación por tanto a la generación de copias provisionales durante el proceso de consulta de una base de datos mediante un ordenador personal la posible existencia de una transferencia de la *totalidad* o de una *parte sustancial* del contenido de la base es el criterio fundamental para determinar si dichos actos constituyen supuestos de extracción o no.

Aclarar qué debe de entenderse por parte sustancial plantea, sin duda, ciertas dificultades[195] pues puede incluir algunos elementos auxiliares necesarios para la consulta, como el tesauro o un sistema de indexación[196]. Para la determinación de qué constituye parte sustancial se requiere de una valoración cuantitativa, atendiendo al volumen de datos afectados en relación a la totalidad del contenido de la base, y otra cualitativa, atendiendo al valor técnico o económico que representan los datos extraídos, aceptándose como un criterio de gran importancia, sino crucial, e incluido en la propuesta inicial de la DBD redactada por la Comisión Europea, la posible generación de perjuicios para los derechos normales de explotación que sobre la base de datos tiene el fabricante. Así, una parte es sustancial cuando su utilización por un tercero no autorizado afecta a la explotación normal de la base de datos y, a *sensu contrario*, es insustancial cuando su utilización no afecta a la explotación normal, siempre y cuando no se produzca una extralimitación mediante utilizaciones repetidas o sistemáticas[197].

---

194 Caso Directmedia, apartados 47 y 53, en base a lo establecido en el Considerando 44 DBD.

195 Véase, especialmente, sobre el concepto de parte sustancial, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2009. Asunto C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD* v *Lakorda AD*. (caso Apis). También C. M. GARCÍA MIRETE, *op. cit.*, págs.151 a 154; y E. DERCLAYE, «Database Sui Generis Right: What is a Substancial Investment? A Tentative Definition», IIC, volumen 36, número 1 (2005), pág. 2 y ss.

196 De acuerdo con el Considerando 20 de la DBD.

197 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de las bases de datos», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, numero 1 (1999), pág. 35; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 1.657. Igualmente, C. M. GARCÍA MIRETE, *op. cit.*, pág.153; y G. MINERO ALEJANDRE, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 1.809.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La pregunta que debemos responder por tanto es: ¿implica la generación de copias RAM algún tipo de transferencia de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos a la que accede cualquier usuario legalmente autorizado a ello? Como veremos a continuación, existen casos de fijaciones en memoria RAM en los cuales se transfiere la totalidad de la base protegida y casos en los que se transfiere tan solo una parte de la misma que, por los motivos que explicaremos a continuación, no llega a adquirir, a mi juicio, la cualidad de sustancial. Si bien el hecho de que, junto con aquella información y datos imprescindibles *asociados* a la aplicación que estamos utilizando —como por ejemplo, el tamaño, color y tipo de las fuentes empleadas o la disposición en pantalla de los datos contenidos en la base a consultar—, es técnicamente posible que se fije temporalmente también *la obra protegida o partes de la misma*, pudiera parecer en principio una circunstancia definitiva para considerar que la reproducción provisional de los mismos en memoria RAM supone *siempre* un acto de extracción en el sentido del artículo 133.3.b) TRLPI, lo cierto es que existen varios argumentos que nos permiten considerar que esto no es así.

En relación a las copias RAM que incorporan *partes* de una base de datos protegida, de acuerdo con la posición mayoritaria en nuestra doctrina hemos visto como el elemento fundamental para considerar si una extracción es sustancial o no, más allá de la mera valoración cuantitativa de lo extraído, es la valoración cualitativa, aceptándose como criterio definitorio la posible afección a la explotación normal de una base de datos, constituyendo la transferencia sustancial de datos una extracción del contenido, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Una de las conclusiones más importantes a las que hemos llegado en este trabajo en relación a las reproducciones provisionales en memoria RAM en general es, sin lugar a dudas, la constatación de ausencia de significación económica propia como consecuencia de su naturaleza automática y técnicamente inexcusable para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital, de su volatilidad e inaccesibilidad como rasgos técnicos inherentes a la generación en sede de memoria interna y de su nulo valor económico, al no existir

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mercado alguno basado en la explotación de este tipo de reproducciones.

Esta idea es válida para todo el conjunto de obras que pueden ser objeto de reproducción provisional en el ámbito digital, lo cual incluye, indiscutiblemente, a las bases de datos electrónicas. Por ello, entendemos que la realización de copias RAM que incorporan *partes* de una base de datos, no afecta tampoco a la explotación patrimonial normal de dicha obra protegida ni genera perjuicio alguno para los derechos exclusivos de los titulares sobre la misma, por lo que no requieren de autorización previa por parte de estos, ni siquiera en el caso de actos de extracción repetidos o sistemáticos[198]. Se trata, en definitiva y como ha indicado CÁMARA LAPUENTE, de un tipo de actos realizados por parte de usuarios legítimos que no requieren transferencia alguna, equivalentes a la simple lectura o consulta, y que, en buena lógica, no deben de quedar incluidos dentro del concepto de extracción por lo que no estarán sometidos a la autorización del titular del derecho[199].

> "Y la consulta en Internet de bases de datos por usuarios legítimos (con las consiguientes reproducciones provisionales, transitorias o accesorias que forman parte integrante y esencial de este proceso tecnológico) contará con dicha autorización o consentimiento implícito, [...], amén de no representar perjuicio para la inversión (pues carecen de «significación económica independiente» [...])."[200]

Este autor considera que la realización de copias RAM para el normal uso de una base de datos en línea "*no puede prohibirse en modo*

---

198 Conforme a los artículos 133.2 y 134 TRLPI y siempre y cuando se trate de usuarios legítimos.

199 S. CÁMARA LAPUENTE, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, págs. 795 y 796. Para un respaldo jurisprudencial de esta postura, véase caso British Horseracing apartados 54 y 55, y caso Directmedia, apartados 51 y 53.

200 S. CÁMARA LAPUENTE, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 796.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

alguno"[201] y, en la misma línea, CASAS VALLÉS y XALABARDER PLANTADA manifiestan que "*si usar una base de datos exige la realización de copias efímeras en el ordenador o incluso la realización de una copia estable, el usuario —legítimo— no necesitará ninguna autorización adicional.*"[202]

En segundo término, debemos preguntarnos necesariamente ahora que sucede con aquellas copias RAM que puedan incluir la *totalidad* de la base en el conjunto de esa información fijada en las mismas como, por ejemplo, en los supuestos de bases de datos de reducido tamaño.

De acuerdo con los artículos 133.1 y .3.b) TRLPI, la transferencia temporal de la *totalidad* del contenido de una base de datos electrónica supone una extracción prohibida cuando se carece de autorización para ello. La norma es clara y, en consecuencia, toda copia RAM que incluya la totalidad de una base entre los datos fijados en la memoria interna del computador estará, en consecuencia, sujeta a la autorización previa del fabricante de la base de datos. Junto a esta prohibición que afecta a las transferencias *totales*, es de destacar que el legislador comunitario ha optado por prohibir las transferencias *sustanciales* que tengan su origen en reproducciones provisionales o en extracciones para fines privados del contenido de bases electrónicas[203]. La decisión tiene su fundamento principal en la certeza manifestada por parte del legislador comunitario de que "*el uso cada vez mayor de la tecnología digital expone al fabricante de una base de datos al peligro de que el contenido de la misma sea copiado y reordenado electrónicamente sin su autorización con el fin de crear una base de datos de idéntico contenido, pero que no infringiría los derechos de autor respecto a la ordenación de la base original.*"[204] Mientras que la decisión de excluir las bases de datos

---

201 S. CÁMARA LAPUENTE, «Protección jurídica de las Bases de Datos en Internet», en J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ Y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, *op. cit.*, pág. 1.609.

202 R. CASAS VALLÉS Y R. XALABARDER PLANTADA, «Propiedad Intelectual», en M. PEGUERA POCH, *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, *op. cit.*, pág. 471

203 Véase artículo 9 DBD y 135 TRLPI.

204 Considerando 38 DBD. De la misma opinión, E. BATALLER I RUIZ, *op. cit.*, pág. 167.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

electrónicas del ámbito de la excepción para fines privados ha sido criticada por una parte de la doctrina[205], poco o nada se ha dicho en relación a las transferencias que tengan su origen en reproducciones provisionales. Como explicaremos a continuación, existen argumentos suficientes para sostener también la improcedencia de mantener esta prohibición en relación a la realización de copias RAM.

En primer lugar, la articulación del régimen de protección de este derecho *sui generis* parte de la premisa de impedir la realización de copias temporales o permanentes que permitan *crear* nuevas bases de idéntico contenido o *apropiarse* de los resultados obtenidos de las inversiones económicas y de trabajo hechas por quien buscó y recopiló el contenido[206], a fin de evitar consecuencias graves desde el punto de vista económico y técnico[207] para el fabricante de la primera base de datos. Como hemos visto, la inaccesibilidad característica de las copias RAM impide la creación de nuevas bases a partir del contenido fijado proveniente de una base de datos o la apropiación de dicho contenido, al no poder ser esta información copiada ni comunicada públicamente por el usuario. No existe, por tanto, ni posibilidad de "reutilización" —en el sentido legal definido por el artículo 133.3.c) TRLPI, tal y como explicaremos en breve—, ni situación objetiva de riesgo para la inversión en términos de recursos humanos, técnicos y económicos realizada por el fabricante de la base de datos. Y entendemos que esto es extensible, por chocante que en principio pueda parecer, a aquellas copias RAM que afecten a partes sustanciales o a la totalidad del contenido de la base de datos, pues dicho contenido es inaccesible técnicamente y no permite la realización de actos de copia o comunicación pública del mismo.

En segundo lugar, la realización de una copia RAM en el equipo del usuario legítimo que accede a una base de datos, aún cuando

---

205 Sobre el particular, véase en nuestra doctrina M. A. BOUZA LÓPEZ, *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Bases de Datos*, *op. cit.*, págs. 225 a 227; y J. A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La Protección Jurídica del Fabricante de Bases de Datos: Derecho Sui Generis y Competencia Desleal*. Madrid, Dykinson – Universidad Rey Juan Carlos, 2005, págs. 123 y 124. También A. KUR ET AL., «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases» IIC, volumen 37, número 5 (2006), págs. 556 y 557.

206 Considerando 39 DBD.

207 Considerando 8 DBD.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

afecte a una parte sustancial o a la totalidad de esta, no puede ser considerado como una actividad comprendida dentro de lo que el legislador comunitario entiende por "*actos del usuario que excedan de sus derechos legítimos y que perjudiquen así la inversión*"[208] del fabricante de la base, pues se trata, como hemos indicado profusamente, de actos de naturaleza automática e inexcusables técnicamente para el uso y disfrute de las bases de datos electrónicas. En la medida en que son imprescindibles para el uso y disfrute de la obra, atenta contra la buena lógica el seguir entendiendo que exceden del derecho legítimo del usuario, aún cuando puedan afectar a la totalidad de la base. Del mismo modo que, como hemos visto, se han articulado excepciones en el ámbito de los programas de ordenador y en el de las bases de datos protegidas por el derecho de autor para aquellos actos necesarios para el uso y disfrute de este tipo de obras por el usuario legítimo, con arreglo a la normal utilización de las mismas[209], creemos que la existencia de un límite similar para las bases de datos sujetas al derecho *sui generis* no implicaría un peligro para los derechos legítimos de los fabricantes ni un perjuicio para su inversión en la fabricación de las mismas. De acuerdo con nuestras explicaciones, la realización de copias RAM constituye un buen ejemplo de ello.

En tercer lugar, el hecho de que las reproducciones provisionales en memoria RAM carezcan de significación económica propia como consecuencia de su naturaleza automática y técnicamente inexcusable para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital, de su volatilidad e inaccesibilidad como rasgos técnicos inherentes a la generación en sede de memoria interna y de su nulo valor económico, al no existir mercado alguno basado en la explotación de este tipo de reproducciones, entendemos que implica, en relación a las copias RAM creadas a partir de la consulta de una base de datos por un usuario legítimo, que no existe posibilidad de poder causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho

---

208 Considerando 42 DBD.

209 Artículos 5.1 DPO y 100.1 TRLPI, en relación a los primeros, y artículos 6 DBD y 34.1 TRLPI, en relación a los segundos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sui generis, independientemente de que afecte a la totalidad de la obra protegida o a una parte sustancial de la misma.

De acuerdo con todo ello, entiendo que, por una parte, la realización de copias RAM que afecten a la totalidad de la base de datos no supone, por evidentes motivos técnicos, riesgo ni perjuicio alguno para la inversión del titular del derecho *sui generis*. Por otro lado, soy de la opinión que resulta necesaria la eliminación de la prohibición de realizar actos provisionales, tal y como vienen definidos en los artículos 2 DDASI y 31.1 TRLPI, que impliquen una transferencia total o sustancial del contenido de bases electrónicas, siempre y cuando sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y su normal utilización por el usuario legítimo, procediéndose a la reforma de los artículos 7 DBD y 133 TRLPI y la inclusión de la pertinente excepción en los artículos 9 DBD y 135 TRLPI, de manera similar a como se encuentra ya establecido en la actualidad para los programas de ordenador y las bases de datos protegidas por el derecho de autor.

Finalmente, el artículo 133.3.c) TRLPI define "reutilización" como "*toda puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias* [...] *o mediante transmisión en línea o en otras formas.*" Puesto que los datos efectivamente contenidos en una copia RAM originada a partir de la consulta de una base de datos se caracterizan, al igual que en el resto de copias RAM en general, por no ser susceptible de extracción, utilización o conservación por parte del usuario legítimo, deviene imposible la reutilización de la totalidad o de una parte sustancial de la base de datos —aún a pesar de que se encuentren efectivamente incluidas en el contenido de una copia RAM— , de acuerdo con los términos descritos en el 133.3.c).

En resumen y por todo el conjunto de razones explicado, entiendo que las mismas conclusiones a las que hemos llegado con relación a las copias RAM sobre obras artísticas y literarias en general, son, desde un punto de vista teórico, completamente extrapolables a las reproducciones RAM realizadas fruto del uso de programas de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ordenador y del acceso a bases de datos electrónicas en particular[210]. En el caso del *software*, por constituir actos necesarios para la utilización del programa con arreglo a su finalidad propuesta, de acuerdo con el 100.1 TRLPI. En el caso de las bases de datos sujetas al derecho de autor, por tratarse de actos necesarios para el acceso al contenido de la base y su normal utilización por el propio usuario tal y como dispone el artículo 34.1. En el caso de las bases de datos sujetas al derecho *sui generis* del fabricante, por una parte, para los supuestos de copias RAM que no impliquen transferencia alguna de contenido o que supongan la incorporación de partes del mismo, por no suponer actos de extracción sustancial conforme al artículo 133.3.b) ni constituir o permitir alguno de los actos de reutilización sancionados por el 133.3.c), y encontrarse permitidos para el usuario legitimo la realización de extracciones y reutilizaciones relativas a partes no sustanciales del contenido de una base de datos. Para los supuestos de copias RAM que afecten a la totalidad del contenido de la base, por no suponer una apropiación o puesta a disposición del público de los resultados de la inversión del fabricante, ni privar a éste de los ingresos que se supone que deben permitirle amortizar el coste de tal inversión[211], entendiendo por imprescindible la eliminación de la prohibición legal existente para ello en el artículo 133 y la inclusión de una nueva excepción, en los términos detallados arriba, en el artículo 135.

En mi opinión una futura equiparación normativa del tratamiento en Derecho comunitario de las reproducciones temporales RAM generadas a partir del disfrute de estos tres tipos de obras protegidas resultaría ciertamente conveniente, debiendo de ser acompañada por

---

210 En contra, como ya se ha apuntado en relación a las reproducciones RAM en general y a las originadas a partir de programas de ordenador, la postura mantenida de manera significativa por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, partiendo de entender que este tipo de copias permiten la explotación de bases de datos electrónicas y que gozan por tanto de significación económica independiente, pues permiten la plena utilización y disfrute de la obra por el usuario. Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 545 y 546; y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

211 Fundamento principal del establecimiento de este régimen de protección para el fabricante de las bases de datos. *Vid.* Caso British Horseracing, párrafo 51.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

la eliminación de la exclusión actualmente contenida en las letras a) y e) del artículo 1.2 de la DSSI y artículos correspondientes de las directivas de protección jurídica del *software* y las bases de datos.

5.3.3.3.3. Las reproducciones o copias caché.

El término caché hace referencia a un concepto existente en el vocabulario anglosajón —el sustantivo "alijo"—, proveniente del verbo francés *cacher* —esconder u ocultar— y de su correspondiente forma adjetivada *caché* —tapado, oculto o clandestino—. En el campo de las ciencias informáticas, el término es empleado desde la década de los sesenta para calificar tanto un proceso técnico, el denominado *caching*, como un determinado tipo de unidades de memoria[212].

El proceso en sí mismo consiste en el almacenamiento provisional de datos de uso frecuente o previsible para un empleo posterior, de tal manera que se agilice el rendimiento del computador, su procesador o algún programa o aplicación que precise de dicha información en un momento determinado. Esta operación puede ser realizada por diferentes dispositivos cuando así son diseñados o configurados, de tal modo que, en aras de una mayor eficacia y velocidad de trabajo, se copian temporalmente ciertos datos en una memoria intermedia para su acceso rápido, evitando con ello el tener que acudir a buscarlos a otra unidad de memoria de mayor capacidad cada vez que estos sean necesarios. Un ejemplo para resaltar es la conocida como caché de disco, que aplica este principio al disco duro de un computador, albergando copias de algunos sectores del disco que contienen datos de uso frecuente o previsible. Cuando se requiere una información específica alojada en el disco duro, primero se consulta esta caché. Si se encuentra ahí, la solicitud se satisface con los datos existentes, si esto no es posible, se lee el sector del disco donde se encuentra esa información y se realiza una copia que queda almacenada en la caché de disco[213].

---

212 D. A. PATTERSON AND J. L. HENNESSY, *op. cit.*, pág. 473.

213 *Vid.* W. STALLINGS. *Operating Systems. Internals and Design Principles.* Fifth edition. New Jersey, Prentice Hall, 2005, 11.7; y A. S. TANENBAUM AND A. S. WOODHULL, *Operating Systems. Design and Implementation.* Third edition. New Jersey, Pearson—Prentice Hall, 2009, pág. 373 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En la actualidad existen diversos tipos de unidades de memoria que emplean este proceso técnico. Por una parte, tenemos las constituidas físicamente por *chips* semiconductores de tipo SRAM (*Static Random-Access Memory*) o similares, que suelen estar organizadas en niveles y se clasifican, en función de su posicionamiento respecto del procesador, como L1, L2, L3, etc.[214]. La primera de ellas, ya conocida de nuestra introducción técnica sobre el sistema de memoria, se encuentra situada entre el procesador y la memoria principal, a ésta le siguen otras unidades de memoria caché que pueden estar instaladas bien en el *chip* del procesador, bien en su paquete y conectada a él, o bien en la tarjeta del mismo, dependiendo de las características del equipo y de la disponibilidad de superficie física existente para ello[215]. Todas estas memorias cachés son generalmente inclusivas, es decir, todo el contenido de la cache de nivel L1, está en la cache L2 y éste, a su vez, en la caché L3[216], compartiendo todas, en la medida en que forman parte de la memoria interna del computador, los ya reiterados atributos técnicos de volatilidad e inaccesibilidad en cuanto a su contenido[217].

Por otro lado, tenemos también otras unidades de memoria caché que se encuentran constituidas físicamente sobre diferentes soportes, como pueden ser los magnéticos u ópticos, y que forman parte de la memoria externa del computador. Como sabemos, los datos fijados en los distintos dispositivos que conforman la memoria externa no se pierden al apagarse el computador y los usuarios tienen acceso a ellos generalmente en forma de ficheros, archivos, o documentos[218]. La caché de disco, como ejemplo ilustrativo, tiene como soporte el conjunto de discos magnéticos que conforman el disco duro y, desde

---

214 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture, op. cit.*, págs. 156 a 158; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization, op. cit.*, págs. 293 a 295.

215 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture, op. cit.*, pág. 157; y A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization, op. cit.*, págs. 293 y 294.

216 A. S. TANENBAUM, *Structured Computer Organization, op. cit.*, pág. 294.

217 Como particularidad respecto del resto de unidades que conforman la memoria interna, la caché L1, es decir, la situada entre el procesador y la memoria principal, además de no ser visible para el usuario, tampoco lo es para el procesador. *Vid.* W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture, op. cit.*, pág. 135.

218 W. STALLINGS, *Computer Organization and Architecture, op. cit.*, págs. 135 y 136.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un punto de vista técnico, la información fijada en la misma es de naturaleza no volátil y accesible.

A la hora de tratar la cuestión de las reproducciones provisionales realizadas en la memoria caché, la doctrina científica española ha pasado por alto la existencia de múltiples niveles o memorias, no llegando a apreciar la existencia de copias caché de contenido no volátil y accesible y copias caché de contenido volátil e inaccesible[219]. Como consecuencia se ha venido empleando de manera poco rigurosa el término reproducciones caché —de manera similar a lo denunciado en relación a las copias RAM—, y no se han llegado analizar debidamente las distintas implicaciones jurídicas derivadas de, por ejemplo, la fijación de copias en la caché de disco y en las diversas cachés existentes en la memoria interna. Se han englobado, en suma, de manera desafortunada dentro del mismo concepto, las varias posibilidades de realización de copias caché, fruto de la disparidad de unidades de memoria que pueden emplear este proceso, no distinguiéndose en absoluto las diferencias entre los principales tipos de copias caché que se pueden dar en el entorno digital. Por este motivo, las referencias a copias o reproducciones caché existentes en la reducida bibliografía nacional que versa sobre el tema son, en general, erróneas, de ahí que resulte imprescindible definir correctamente esta realidad y determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la misma en relación con el derecho de reproducción y al intercambio de archivos a través de redes P2P.

En segundo término y ya en relación al fenómeno concreto de Internet, nuestra doctrina sí ha sabido apreciar, en general y con las salvedades que veremos a continuación, que la generación de copias o reproducciones caché tiene lugar en los diferentes computadores que

---

219 Entre otros, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 535, 536 y 546 a 549 (3ª ed.) y págs. 587 y 588 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 277 y 278, 306 a 315, 336 a 341, 353 y 354, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 32 y ss.; E. SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Civitas, Madrid, 2000, págs. 102 a 105; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 138 a 142, 155 a 158 y 164 a 168; J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 77 y ss.; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, pág. 280 y ss.; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 104 y ss.; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 357 y ss.; o G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 380 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

participan en el intercambio de información a través de esta red de comunicaciones, lo cual incluye tanto los equipos de los usuarios, como los equipos que gestionan la actividad de servidores u otros puntos intermedios de la misma. Así, es posible hablar de dos tipos de fijaciones en la memoria caché, por una parte, las copias caché *locales*, que son las que tienen lugar en el equipo personal de un usuario, y las reproducciones caché *del sistema*, que son las que se generan en puntos intermedios de la red de comunicaciones, también conocidos como *proxies*[220]. Las reproducciones caché locales se caracterizan por la posición que ocupa el usuario como destinatario o punto final de la información recibida a través de la red de comunicaciones, mientras que, en el caso de las reproducciones caché del sistema, los computadores donde tienen lugar éstas desempeñan un rol de intermediarios en el proceso de transmisión de dicha información a los destinatarios finales de la misma.

a) Puntualizaciones iniciales.

Existen varias cuestiones referentes a las copias locales y del sistema que deben de ser puntualizadas antes de pasar al análisis de las consecuencias jurídicas de la realización de este tipo de fijaciones.

En primer lugar, no se debe de vincular la realización de copias caché en exclusiva con la navegación por Internet y la visualización de páginas web[221]. Si bien es cierto que los primeros estudios que analizaron la aparición de copias caché lo hicieron desde la perspectiva de la navegación en Internet[222], no hay que olvidar que el proceso técnico de producción de copias caché tiene lugar respecto de todo tipo de información utilizada por un computador. En el caso de

---

220 Véase P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*, *op. cit.*, págs. 21 y 22; y, en «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», *op. cit.* pág. 487.

221 Como parecen hacer I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 536 (3ª ed.) y 580 (4ª ed.); y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 277 y 278, 306 a 315, y 336 a 341; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 138 a 142, 156 y 166; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, págs. 281 y 282; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 381.

222 Como es el caso de I. T. HARDY, «Computer RAM "Copies": Hit or Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns», UNIVERSITY OF DAYTON LAW REVIEW, volumén 22, número 3 (1997), pág. 423 y ss., y, en general, P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*. *op. cit.* págs. 24 a 27.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las copias caché realizadas en los puntos intermedios de una red de comunicaciones ello puede incluir todo tipo de datos transmitidos por la misma, por ejemplo, el contenido adjunto a un correo electrónico, por lo que es incorrecto limitarlo a la realización de copias de páginas web. En el caso de las copias caché realizadas en el computador de un usuario como punto final de una red de comunicaciones ello puede incluir un sinfín de actividades *on-line* y *off-line*, desde la navegación web al visionado de un DVD a través de la unidad de CD-ROM del ordenador, pasando por la ejecución de cualquiera de los programas instalados en el computador que no requieran conexión a Internet, y que llevan aparejados indefectiblemente la realización de fijaciones en la memoria caché, en ocasiones en sede de memoria interna, en ocasiones en sede de memoria externa.

En segundo lugar, la producción de copias caché *del sistema* no obedece a fines comerciales[223] ni lucrativos[224], ni debe de ser considerada, en sí misma, como un "problema" a solucionar[225]. Se trata, como acertadamente ha indicado ORTEGA DÍAZ, de "*una técnica de maximización de recursos empleada habitualmente por los servidores que prestan acceso a una red telemática para mejorar su servicio*" de evidentes ventajas de índole práctica: el almacenamiento de información de uso frecuente o previsible facilita el tráfico de datos y aumenta la velocidad de nuevos accesos a dichos contenidos[226]. El fin último del mismo es la optimización del acceso y transferencia de todo tipo de contenidos, protegidos o no, por parte de quienes hacen uso de una red de comunicaciones como Internet. La postura de HARDY a este respecto, afirmando que el *proxy caching* no es esencial para las comunicaciones a través de Internet y que no supone

---

223 S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 141.

224 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 33, y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 353. Afirmando que son objeto de una utilización lucrativa, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 165.

225 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 547.

226 J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 77. En esta línea también F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 106.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un beneficio general para el conjunto de usuarios de la red[227], ha quedado desbaratada por el desarrollo tecnológico experimentado durante la última década. El aumento del ancho de banda disponible, la generalización de la fibra óptica, el desarrollo de procesadores más rápidos y con mayor capacidad no ha supuesto el fin de la realización de copias en memoria caché, sino todo lo contrario. En la medida en que Internet ha sido rediseñado para convertirse en un enorme repositorio global de información, como punto final del proceso de transferencia total de recursos conocido como *cloud computing*, permitiendo que sus usuarios disfruten de acceso en todo momento, independientemente del terminal con el que se conecten, a aquellos recursos de su interés; la realización de copias caché seguirá siendo esencial y consustancial a este acceso, favoreciendo el tráfico de datos y beneficiando a sus usuarios[228].

No se trata, por tanto, de un problema sino, en todo caso, de una solución técnica que beneficia a todos los usuarios en su conjunto, al hacer más eficaz el tráfico de datos en la red. Tampoco obedece directamente a fines comerciales pues, dado el ingente volumen de información existente y el creciente número de usuarios que usan Internet en la actualidad, supone una técnica de naturaleza imprescindible para garantizar unos niveles mínimos de calidad del servicio. El coste de su implementación y mantenimiento ha sido ciertamente soportado por los proveedores de servicios de acceso, pero se trata de un gasto que no se llega a repercutir en el consumidor final de manera apreciable. En el improbable caso de que un consumidor solicitase la contratación de un servicio de conexión a Internet sin la intervención de computadores intermedios que realizasen reproducciones provisionales en la memoria caché del sistema, su proveedor de servicios de Internet nada podría hacer para

---

227 I. T. HARDY, *op. cit.*, págs. 429 a 438; la cual encontró parcialmente eco entre nuestra doctrina a través, entre otros, de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 315; E. SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 105; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 115 y 123; G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 383; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 359, y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 166.

228 Véase, en este sentido, la decisión del Tribunal Supremo Canadiense en *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* v. *Canadian Association of Internet Providers* 2004 SCC 45, párrafo 15.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

satisfacer este deseo al ser técnicamente casi imposible y, muchísimo menos, llevado nuestro ejemplo a su extremo más irreal, accedería a descontar del servicio el coste del mismo, por no implicar un sobreprecio significativo en la tarifa de acceso que dicho usuario abona.

En tercer lugar, un amplio sector de la doctrina científica nacional que ha tratado en profundidad el tema de las reproducciones provisionales en Internet ha clasificado las copias realizadas en la memoria caché *local* en *persistentes* o *no persistentes*, teniendo en cuenta el período de tiempo más o menos prolongado que pudieran permanecer las fijaciones realizadas en la misma [229]. Si bien compartimos la posibilidad de manejar este criterio —aún a pesar de la difícil delimitación del concepto en relación con los términos "provisional" y "temporal" existentes en el TRLPI, la LSSI, la DCE y la DDSSI respectivamente—, creemos que debe ser empleado también en lo referente a las copias realizadas en la memoria caché *del sistema*.

Existen varias razones que dan respaldo a nuestra propuesta. Fundamentalmente que, como avanzamos al inicio de esta sección, encontramos diversas unidades de memoria que pueden crear copias caché, fijando las mismas en sede de memoria interna o de memoria externa, y esto tiene lugar en todo tipo de computadores, independientemente de que se trate de un usuario final de una red de comunicaciones o de un ordenador que controla un punto intermedio de dicha red. Al emplearse computadores en ambos casos, se generarán copias persistentes o no persistentes en los dos supuestos por igual.

Por otra parte, el que las reproducciones posean uno u otro atributo dependerá inicialmente del tipo de unidad de memoria que físicamente las aloje. Así, nos encontraremos con fijaciones temporales de naturaleza volátil e inaccesible para el usuario en la memoria interna y fijaciones temporales no volátiles y plenamente

---

[229] A modo de ejemplo, véase, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 278, 341, y 354; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 141, 155 a 158 y 164 a 168; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 107; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 357; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 381.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

accesibles en la memoria externa, tanto en los puntos finales de la red como en los puntos intermedios. Las copias caché en la memoria interna de un computador que controla, por ejemplo, un *proxy*, son igual de no persistentes que las copias caché realizadas en la memoria interna del equipo de un usuario final.

Finalmente, la persistencia o no de las reproducciones realizadas en las diferentes unidades de memoria caché dependerá también de la configuración que, bien por defecto, bien por decisión particular de cada usuario, se haya determinado para el programa, aplicación o recurso que precise de la realización de copias caché. De este modo, nos podemos encontrar con aplicaciones que vienen configuradas de origen para mantener el máximo período de tiempo posible una reproducción en la memoria caché, mientras que otras permiten a quien las utilice reducir al mínimo este período, incluso deshabilitar la realización de las mismas, sacrificando así el rendimiento óptimo de dicha aplicación en aras de los intereses particulares de cada usuario.

En consecuencia y por todos estos argumentos, entendemos que es posible hablar de copias *persistentes* y *no persistentes* realizadas tanto en la memoria caché *local* como en la memoria caché *del sistema*.

Sin embargo, deviene imprescindible emplear el concepto de persistencia en base a algún criterio claro que nos permita distinguir cuando estamos ante una fijación que colme este atributo y cuando ante una que no lo haga. Aún a pesar de la dificultad de discernir entre ambos extremos en relación a las copias caché, resulta de ayuda el hecho que el proceso técnico del *caching* puede ser realizado por distintos tipos de unidades de memoria, caracterizándose las fijaciones resultantes, por permitir o no permitir la conservación de la información registrada. Por ello, entendemos que un criterio práctico válido sería el atender a la posible volatilidad de la fijación realizada, resultando que las copias caché podrían ser persistentes o no dependiendo de si fuesen volátiles o no. Así, la fijación realizada en la caché de disco constituiría un ejemplo de copia caché persistente y la realizada en la memoria RAM del computador, uno de copia no persistente.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por otra banda, se precisa la modulación del criterio en atención a cada caso concreto pues la persistencia puede variar, como hemos indicado arriba, dependiendo de la configuración dada por el usuario o predeterminada por el fabricante a la aplicación que realiza la copia caché en cuestión. Así, es perfectamente posible encontrarnos con copias caché persistentes —por ejemplo, aquellas fijadas en la caché de disco por una aplicación que está configurada de tal manera que proceda a su borrado en cuanto se cierre la aplicación— cuya "persistencia" podría ser inferior a la de otras copias caché no persistentes —por ejemplo, aquellas fijadas en la memoria RAM que se pierden cuando se apague el ordenador—. Pudiendo darse el caso de que en la práctica existan copias no persistentes con una duración mayor en el tiempo que las teóricamente persistentes —en nuestro ejemplo anterior, al cerrar el usuario la aplicación antes que proceder al apagado del computador—, para analizar las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de copias caché deberemos atender, en principio, al lugar o unidad de memoria donde tiene lugar la fijación, lo cual determinará *a priori* la volatilidad de la misma. Posteriormente a las características concretas del tipo de aplicación que genera la copia analizada y dentro de éstas, de manera especial, a si la aplicación puede ser configurada para la realización de este tipo de copias o resulta del todo imposible, por obedecer a unos parámetros predeterminados establecidos por el fabricante del equipo.

b) La realización de fijaciones en memoria caché, en general, y su posible inclusión en la excepción del art. 31.1 TRLPI.

La primera dificultad que nos encontramos para el análisis de las copias caché es la parca referencia normativa que se hace a este tipo de fijaciones, circunstancia común al conjunto de reproducciones provisionales y que obedece seguramente a la idea de considerar que, en un entorno digital, donde el desarrollo de la tecnología es constante, la incorporación de definiciones tecnológicas podría precipitar la obsolescencia de las normas que se dictasen con el fin de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

regular este tipo de manifestaciones[230]. Tan solo la DDASI, al definir la excepción contenida en el artículo 5.1, nos indica que la misma "*debe cubrir* [...] *los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión.*"[231]. Pese a no hacerse distinción expresa entre copias caché locales y del sistema[232], no parece haber inconveniente sin embargo para entender que la posible aplicabilidad de la excepción puede afectar, con las salvedades que veremos a continuación, a ambos supuestos por igual[233].

En referencia a las copias caché *del sistema*, la doctrina española ha venido entendiendo de manera casi unánime que las copias generadas en puntos intermedios de una red de comunicaciones son, cuanto menos, de naturaleza accesoria[234], mientras que se han dado ciertas tensiones a la hora de valorar su cualidad de esenciales en relación a un proceso tecnológico[235], y son ciertamente escasas las

---

230 G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 360. Véase también la crítica de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 24 y 25.

231 Considerando 33 DDASI.

232 Como advirtieron J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pag. 67; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 336 y 337.

233 En el mismo sentido, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pag. 67; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 347; y F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 110 y 111.

234 Como afirman, entre otros, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 547 (3ª ed.) y 588 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 337, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 33; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 164; J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 79; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, pág. 281; F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 110; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 359; G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 382; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pag. 68.

235 A favor de entenderlo así, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 164; J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 77 a 79; G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 382; y S. MARTIN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 276. Manifestando alguna reserva, F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pág. 110; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 547 (3ª ed.) y 588 (4ª ed.), en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 337, y en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 33. En contra, B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 359.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

opiniones que defienden la ausencia de significación económica independiente de las mismas[236]. El TJUE, en su decisión C-360/13 del año 2014, no dudó en considerar que las copias caché fijadas en el ordenador de un usuario durante la consulta de sitios de Internet no solo deben calificarse de accesorias, sino que son parte integral y esencial del proceso de visualización de los mismos, teniendo carácter provisional y, además, no perjudican injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de derechos, ni menoscaban o entran en conflicto con la explotación normal de las obras, por lo que pueden realizarse sin autorización de aquellos [237].

A nuestro parecer y como ya avanzamos al principio de este punto, el análisis de las reproducciones en memoria caché debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la existencia de distintos niveles en los que las mismas pueden ser realizadas y el diferente grado de persistencia aparejado a cada una de ellas, amén de los requisitos legales establecidos en el artículo 31.1 TRLPI, por lo que estudiaremos por separado las copias caché del sistema realizadas en sede de memoria interna y aquellas fijadas en la memoria externa.

Las copias del sistema realizadas *en la memoria interna* de aquellos computadores que desempeñan una función de intermediarios en el proceso de transmisión de información a través de una red de comunicaciones se fijan en las distintas unidades caché que pueden encontrarse en ese tipo de memoria, pudiendo localizarse éstas, como sabemos, entre el procesador y la memoria principal, en el *chip* del procesador, en su tarjeta, etc. Como el resto de los elementos que conforman la memoria interna —registros del

---

[236] Destacando especialmente a J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 79 y 80; en un segundo nivel a P. GARCÍA MEXÍA, *Principios de Derecho de Internet*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 309, y en *Derecho Europeo de Internet*, *op. cit.*, pág. 187; R. DE ROMÁN PÉREZ, *op. cit.*, págs. 282 a 284; J. MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, págs. 64 y 65; por último, en menor medida, S. MARTÍN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 279; M. A. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, pág. 150; y P. GABEIRAS, E. MUÑOZ Y B. ÁLVAREZ, «Protección de los contenidos en Internet», en J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ ORDOÑEZ Y R. ILLESCAS (coords), *Régimen Jurídico de Internet*, *op. cit.*, pág. 1466. En doctrina foránea destacan P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*, *op. cit.*, págs. 21 y 22; y «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», *op. cit.* págs. 486 a 487.

[237] STJUE (Sala Cuarta), de 5 de junio de 2014, en el asunto C-360/13, en el procedimiento entre *Public Relations Consultants Association Ltd* y *Newspaper Licensing Agency Ltd* y otros. Véanse párrafos 13, 26, 35, 37, 47 a 50, 56, 60 y 63.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

procesador y memoria principal—, el contenido grabado en este tipo de cachés es volátil e inaccesible para los usuarios, lo cual implica que puedan ser consideradas de naturaleza *no persistente*. Comparten así, por tanto, al ser transitorias, el primero de los tres elementos que nos permitían defender la ausencia de significación económica propia de toda reproducción realizada en memoria interna —volatilidad e inaccesibilidad—, independientemente de la posibilidad de configurar ciertos parámetros relacionadas con su funcionamiento, puesto que, en ningún caso, la duración de las fijaciones en ellas realizadas pervivirá más allá del apagado del equipo.

En relación a la naturaleza automática y técnicamente inexcusable para el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital de las copias que tienen lugar en la memoria interna —el segundo de nuestros argumentos en defensa de la ausencia de significación económica independiente de cualquier copia RAM—, en primer lugar debemos decir que, al igual que sucede con el resto de fijaciones realizadas en los registros del procesador o en la memoria principal, las copias que se realizan en las unidades caché localizadas en la memoria interna son generadas de manera automática por el computador según sus necesidades, de acuerdo con la información que vaya generando o precisando durante la ejecución de las diversas aplicaciones que estén en marcha en un momento determinado. Aún siendo posible configurar determinados parámetros de su funcionamiento, la realización de copias está ciertamente automatizada, no requiriéndose la intervención del usuario para el funcionamiento de estas unidades de memoria caché, por lo que no hay inconveniente en poder afirmar su manifiesta naturaleza automática.

En segundo lugar y aunque en un principio pudiera parecer que las copias caché del sistema no persistentes no resultan susceptibles de ser calificadas, en rigor, como "parte esencial de un proceso tecnológico" en los términos empleados en el artículo 31.1 TRLPI, lo cierto es que, por su relevancia práctica, creemos que así debe ser entendido. Si bien se ha manifestado que las copias caché del sistema

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

facilitan dicho proceso[238] —esto es, la comunicación en red—, pero que no resultan esenciales para el mismo, pues éste podría ser llevado a cabo sin el concurso de aquel, lo cierto es que existen dos razones de peso que, a la postre, inclinan la balanza en favor de aceptar la esencialidad de la realización de este tipo de fijaciones para el proceso tecnológico del que son parte[239].

Por un lado y de acuerdo con GONZÁLEZ DE ALAIZA, la "esencialidad" debe de examinarse no en función de que el proceso tecnológico se produzca o no, sino de que éste tenga lugar en forma *eficaz*, como se desprende del Considerando 33 de la DDASI que habla de "*transmisión eficaz en una red*" y de "*funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión*"[240]. La razón para ello es simple. Cuando el legislador comunitario, consciente de que la amplitud del derecho de reproducción diseñado en el artículo 2 DDASI podría conllevar un grave e insalvable obstáculo para el crecimiento de la sociedad de la información, el funcionamiento de Internet y los intereses de los otros sujetos participantes en las redes digitales, principalmente prestadores de servicios y usuarios[241], opta por disponer la excepción obligatoria del artículo 5.1 para las reproducciones provisionales parte de un proceso tecnológico consistente en facilitar una transmisión en red entre terceros o una utilización lícita, lo hace con la idea de salvaguardar el *eficaz* funcionamiento de este tipo de comunicaciones.

Sin embargo, esta remisión a la eficacia, atributo de suma importancia para el legislador comunitario, desapareció en el trámite de transposición de la DDASI a nuestro derecho interno, algo que no se repitió respecto de la DCE, al recogerse en el artículo 15 LSSI la exención de responsabilidad de aquellos prestadores de servicios que

---

238 Entre otros I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 33, y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 337; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 139 y 156; y B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 359.

239 Como también han afirmado, si bien en base a otros razonamientos, S. MARTIN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 276; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, pág. 382.

240 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 69.

241 Véase B. RIBERA BLANES, *op cit.*, págs. 344 a 349.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

realicen copias temporales de los datos solicitados por los usuarios "*con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior.*"

Dado que el fin que persigue la realización de copias caché del sistema no es otro que optimizar la *eficacia* del proceso tecnológico de comunicación en el que participa, mediante el almacenamiento provisional de datos, para agilizar el rendimiento del computador, procesador o aplicación que vaya a precisar de ellos, entendemos que cabe calificar su intervención de *esencial* en la medida en que resultan claramente positivos para el desarrollo, mantenimiento y funcionamiento de una red compleja de comunicaciones como Internet.

Por otro lado, porque, como acertadamente señala ORTEGA DÍAZ, las necesidades de las propias infraestructuras tecnológicas han convertido a la realización de copias caché del sistema en un elemento *esencial* del proceso tecnológico en el que participan[242]. En este sentido, el empleo de un proceso en principio accesorio a la comunicación en red como el *proxy caching* se ha transformado en un elemento absolutamente imprescindible para el óptimo funcionamiento de Internet. En su vertiente positiva, por el cúmulo de ventajas que ofrece; en su vertiente negativa, por la ausencia de alternativas técnicas factibles que igualen o mejoren estas ventajas, y por las nefastas consecuencias que acarrearía su abandono, bien en forma de notables perjuicios para el tráfico económico, bien en forma de desincentivación entre los operadores de redes de comunicaciones.

En atención a este papel principal y de acuerdo con los dos argumentos expuestos, soy de la opinión que puede afirmarse sin titubeos la esencialidad de la realización de copias caché del sistema en el sentido del artículo 31.1 TRLPI[243].

Resta, por último, examinar la tercera de las razones que hemos esgrimido para sostener nuestra teoría sobre la ausencia de significación económica de las reproducciones RAM en general —su nulo valor económico—, y comprobar si resulta aplicable también a

---

242 J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 77 a 79.

243 Posicionándose ya a favor de una interpretación más flexible sobre su esencialidad, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 547 (3ª ed) y 588 (4 ed.).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las copias caché del sistema no persistentes originadas en un computador parte de una red de comunicaciones. De nuevo, los rasgos de volatilidad e inaccesibilidad determinan el nulo valor de los datos e información registrados en las copias caché del sistema no persistentes, pues éstos no pueden ser conservados, extraídos ni utilizados por los usuarios de los equipos en que se realizan, independientemente del hecho que puedan afectar o no a obras protegidas. En los términos descritos en este trabajo en relación a las copias RAM en general, a las cuales nos remitimos, la realización de copias caché del sistema no persistentes no da lugar al agotamiento del derecho del titular, pues no hay copia de la obra que pueda ser puesta en circulación a partir de dichas fijaciones, ni mercado alguno en el que pueda hacerse, sin que pueda generarse, en consecuencia, perjuicio alguno para los intereses patrimoniales de los legítimos derechohabientes.

En suma, por compartir los mismos rasgos comunes a todas las reproducciones realizadas de manera provisional en la memoria RAM de un computador y que nos permiten sostener la ausencia de significación económica de las mismas —naturaleza automática y esencial al proceso de comunicación que permite el uso y disfrute de la obra en el ámbito digital; volatilidad e inaccesibilidad de las fijaciones realizadas; y, por último, nulo valor económico, al no existir mercado alguno basado en la explotación de este tipo de reproducciones—, entendemos que las copias caché del sistema no persistentes carecen de significación económica propia, lo cual, cumpliéndose *a priori* también el resto de requisitos del artículo 31.1 TRLPI —al ser provisionales, transitorias o accesorias y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consiste en facilitar una transmisión en red entre terceras partes o una posible utilización lícita—, permite que puedan ser consideradas fuera del derecho exclusivo de reproducción, sin perjuicio de que, para el caso concreto, la aplicación del artículo 40 bis determine lo contrario.

En relación con el resto de conclusiones defendidas en este trabajo sobre las copias RAM en general, entiendo también que las copias caché del sistema no persistentes no constituyen, en puridad,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un acto de reproducción en sentido técnico-jurídico, y soy de la opinión que deberían de ser consideradas como excluidas del derecho de reproducción de los derechohabientes, de acuerdo con los argumentos desarrollados en epígrafes anteriores[244].

Por lo que respecta a las copias del sistema realizadas *en la memoria externa* de aquellos computadores que desempeñan una función de intermediarios en el proceso de transmisión de información a través de una red de comunicaciones, las mismas se realizan físicamente en las distintas unidades de ópticas o magnéticas que conforman dicho nivel de memoria, entre las que destacan discos duros, disquetes, discos ópticos, memorias flash, cintas magnéticas y similares. Como explicamos con anterioridad, los datos fijados en estos dispositivos no se pierden al apagarse el computador, siendo plenamente accesibles por los usuarios, generalmente en forma de ficheros, archivos o documentos, lo cual implica, a diferencia de las copias caché del sistema fijadas en sede de memoria interna, que éstos pueden ser consideradas de naturaleza *persistente*.

Independientemente de ser accesorios o formar parte integrante de un proceso tecnológico con el objeto de facilitar una transmisión en red entre terceros o una utilización lícita, su naturaleza persistente impide que puedan ser calificados como actos de reproducción provisional en el sentido del artículo 35.1 TRLPI, siendo, además, susceptibles de gozar de significación económica propia, al permitir el libre acceso y disponibilidad del contenido fijado, pudiéndose realizar a partir de ellos actos de copia y comunicación pública lo cual, a tenor del artículo 18, requiere de la preceptiva autorización previa del titular de derechos sobre la obra afectada.

Esta circunstancia, en principio definitiva, no exime al operador jurídico que tenga la tarea de determinar en un supuesto concreto las posibles consecuencias derivadas para los titulares de derechos por la realización de copias caché del sistema persistentes, de efectuar un juicio de valor respecto del grado de provisionalidad de las fijaciones

---

244 De la misma opinion P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*, *op. cit.*, págs. 22 y 23; y en «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», *op. cit.*, pág. 488.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

producidas. La razón está en la posibilidad de que, dependiendo de la configuración predeterminada por el fabricante o establecida por el usuario para la aplicación que realiza la copia, la persistencia de la fijación pueda variar significativamente. Si bien, al igual que las copias caché del sistema no persistentes, las persistentes se realizan también de manera automática, lo cierto es que el margen de configuración, especialmente por parte del usuario, es sensiblemente superior, por lo que existe la posibilidad de que se genere una reproducción de datos sujetos a derechos de autor, plenamente accesible por el usuario pero que, sin embargo, no permita la copia o comunicación pública de la obra afectada al resultar la misma, en la práctica, inservible total o parcialmente a tal fin[245].

Por último, el hecho de que las copias caché del sistema se generen típicamente en puntos intermedios de una red de comunicaciones durante un proceso de transmisión de información a terceros nos obliga a estudiar la relevancia de las normas contenidas en la LSSI relativas al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información que se dedican a transmitir por una red datos facilitados por los destinatarios del servicio o en facilitar acceso a ésta, en particular su responsabilidad por las copias provisionales realizadas al objeto de permitir o hacer más eficaz dicha transmisión y que pueden ser fijadas, como hemos explicado, en sede de memoria externa y de memoria interna.

Operadores de redes, proveedores de acceso y prestadores de servicios son los sujetos que pueden beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad por el almacenamiento temporal, automático y provisional de datos con el fin de permitir o hacer más eficaz su transmisión, en los términos establecidos en los artículos 14 y 15 LSSI.

---

[245] La ejecución de un videojuego desde un DVD constituye un ejemplo de actividad que puede implicar la realización de copias caché en bucle, reescribiéndose continuamente el contenido de la unidad de memoria que las aloja, como se puso de manifiesto en *Gilham* v *R* [2009] EWCA Crim 2293. También la labor de indexación de páginas web realizada por los robots de búsqueda de Google representa un buen ejemplo. Véase S. KLEIN, «Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law» IIC, volumen 39, número 4 (2008), pág. 469.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Respecto de los dos primeros sujetos y dada la vocación horizontal del régimen de responsabilidad diseñado por el legislador comunitario, el cual permite que se aplique a cualquier supuesto en que la ilicitud del contenido pueda dar lugar a responsabilidad[246], estos prestadores de servicios no estarán sujetos a responsabilidad por las copias caché del sistema *no persistentes* vía artículo 14 LSSI. En caso de incumplimiento de alguno de los requisitos de este artículo y afectar en todo o en parte a obras sujetas al derecho exclusivo de reproducción, no puede predicarse automáticamente su responsabilidad, sino que es necesaria una norma de imputación de responsabilidad[247] proveniente, en este caso, de nuestra legislación sobre Propiedad Intelectual. Al encontrarse, por los motivos ya expuestos, las copias caché del sistema no persistentes plenamente encuadradas dentro del límite establecido en el artículo 31.1 TRLPI, la realización de estas fijaciones, para aquellos casos en los que no se cumpliesen los requisitos del artículo 14 LSSI acarrearían la exención de responsabilidad del intermediario *ex* artículo 31.1 TRLPI.

En relación con las copias caché del sistema *persistentes*, los proveedores de los servicios en cuestión no serán responsables en la medida en que cumplan todas las exigencias del artículo 14 LSSI, que dichas fijaciones sirvan exclusivamente para permitir la transmisión de dichas obras y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello —lo cual requerirá necesariamente de la elaboración de un juicio de valor sobre su provisionalidad en el sentido explicado anteriormente—. En caso de incumplimiento de alguno de los requisitos de este artículo y de afectar en todo o en parte a obras sujetas al derecho exclusivo de reproducción, por existir una norma de imputación de responsabilidad proveniente del artículo 18

---

246 Véase M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op. cit.*, pág. 218; M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 344 y 345; y S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 22.

247 Como sostienen M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op. cit.*, pág. 224 (véase también págs. 329 a 345); M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 344 y 345; y S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, págs. 349 a 351.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TRLPI y resultar de imposible incardinación su realización dentro del límite del artículo 31.1, de acuerdo con lo ya anteriormente expuesto, el concreto prestador de este tipo de servicios deberá de hacer frente a su responsabilidad por la producción de estas reproducciones caché en sede de memoria externa.

En relación a los prestadores de servicios de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que lo soliciten, estos operadores no estarán sujetos a responsabilidad por las copias caché del sistema *no persistentes* vía artículo 15 LSSI. En caso de no cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en esta norma y afectar en todo o en parte a obras sujetas al derecho exclusivo de reproducción, no estarán sujetos a responsabilidad de acuerdo con nuestra legislación de propiedad intelectual, por no existir norma de imputación de responsabilidad y encontrarse las copias caché del sistema realizadas en sede de memoria interna plenamente encuadradas dentro del límite establecido en el artículo 31.1 TRLPI. Igualmente, no serán responsables de la realización de copias caché del sistema *persistentes*, en la medida en que cumplan todas las exigencias del artículo 15 LSSI, siéndolo plenamente en caso de incumplimiento y de afectar en todo o en parte a obras sujetas al derecho exclusivo de reproducción, por existir una norma directa de imputación de responsabilidad en el artículo 18 TRLPI y resultar de imposible incardinación su realización dentro del límite del artículo 31.1.

Esta interpretación que proponemos al respecto de los proveedores de servicios de intermediación encaja con la interpretación jurisdiccional del artículo 15 LSSI realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona a la hora de establecer la responsabilidad del buscador Google por la realización de copias cache del sistema susceptibles de perjudicar determinados derechos de autor[248]. En este sentido, la sala afirma que si bien podrían existir

[248] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 749/02-2ª, de 17 de septiembre de 2008. Véase, sobre la misma, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 166 a 168; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 383 a 385. Resulta ilustrativo comparar esta

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dudas sobre si el *proxy caching* encajaría dentro del límite del 31.1 TRLPI —lo cual es comprensible dada la ausencia de estudios doctrinales que realicen un análisis completo del fenómeno, detallando las consecuencias de la producción de copias caché del sistema tanto en sede de memoria externa como en sede de memoria interna—, lo cierto es que sí está dentro de la exención del artículo 15 LSSI[249]. No habiéndose probado infracción alguna de los requisitos de dicho artículo 15, el tribunal entiende que no cabe apreciar infracción del derecho de autor del demandante[250], lo cual es equiparable a afirmar que sólo en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos legalmente en la LSSI estará el intermediario sujeto a responsabilidad de acuerdo con nuestra legislación de propiedad intelectual, por existir norma de imputación de responsabilidad aplicable.

Como vemos, la confluencia de la LSSI y de la legislación sobre propiedad intelectual en el tratamiento de la realización de copias caché del sistema puede ser resuelta a través de la interpretación que proponemos, tomando como punto de partida los distintos niveles o memorias en los que pueden ser realizadas este tipo de fijaciones, y sin necesidad de realizar reforma legislativa alguna, acudiendo a las reglas previstas para regular la responsabilidad de los proveedores intermediarios de servicios de sociedad de la información y, subsidiariamente, a la normativa sobre derecho de autor[251].

En referencia a las copias caché *locales*, la doctrina española ha venido entendiendo que aquellas de naturaleza *persistente* no reúnen las condiciones necesarias para ser incluidas en el límite establecido

---

decisión con la del tribunal de primera instancia de Bruselas que resolvió en 2008 el litigio entre Copiepresse SCRL y Google. Véase, comentando esta sentencia y otras similares S. KLEIN, «Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law» *op. cit.*, págs. 451 y ss.

249 Fundamento de Derecho Tercero.

250 Fundamento de Derecho Cuarto.

251 Véase, por el contrario, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 34 a 36. Afirmando la aplicación principal de la LSSI, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 549; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 165; y G. MARÍN RAIGAL, *op. cit.*, págs. 382 y 383.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en el artículo 31.1 TRLPI, mientras que, muy correctamente, las consecuencias jurídicas de la realización de copias caché locales *no persistentes* son plenamente equiparables a la fijación de reproducciones en sede memoria RAM[252].

De acuerdo con los argumentos desgranados a lo largo del presente trabajo, en nuestra opinión las copias caché locales realizadas *en la memoria interna* de cualquier computador, al ser provisionales y darse los tres requisitos que permiten defender la ausencia de significación económica en su realización —naturaleza automática y técnicamente inexcusable para el uso y disfrute de las obras en el ámbito digital; naturaleza volátil e inaccesible por el usuario; y nulo valor económico—, encajan de lleno en el límite del artículo 31.1 TRLPI, a salvo de que para el caso concreto la aplicación del artículo 40 bis determine lo contrario, no debiendo de ser, en rigor, consideradas como actos de reproducción en sentido técnico-jurídico de acuerdo con el artículo 18, por lo que la realización de las mismas no precisará de la autorización del titular de derechos cuando afecten en todo o en parte a obras protegidas por el derecho de autor.

Por lo que respecta a las copias caché locales realizadas *en la memoria externa*, al no poder ser consideradas, en principio, como provisionales, y caracterizarse su producción por la persistencia de los datos fijados las distintas unidades ópticas o magnéticas que conforman dicho nivel de memoria y por ser plenamente accesibles por los usuarios, independientemente de poder ser accesorias o formar parte integrante de un proceso tecnológico con el objeto de facilitar una transmisión en red entre terceros o una utilización lícita, estos rasgos impiden que puedan ser calificadas como actos de reproducción provisional en el sentido del artículo 35.1 TRLPI, siendo, además, susceptibles de gozar de significación económica propia, al permitir el libre acceso y disponibilidad del contenido fijado, pudiéndose realizar a partir de ellos actos de copia y

---

252 En este sentido, contrario a nuestra posición al respecto de las copias RAM, están I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit*, págs. 341 y 354; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 361; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 155, 156 y 166; y G. MARÍN RAIGAL, *op.cit.*, pág. 381. Véase también F. CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, págs. 111 y 117 a 121. A favor de que pueden ser incluidas en el límite, J. C. ERDOZAIN, *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*, *op. cit.*, pág. 138.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicación pública de acuerdo con el artículo 18, por lo que precisarán de autorización previa del titular de derechos cuando afecten, en todo o en parte, a una obra protegida.

Como vimos en relación a las copias caché del sistema en memoria externa, es necesario realizar, para cada caso individual, un análisis del grado de provisionalidad de las fijaciones producidas puesto que, dependiendo de la configuración existente en la concreta aplicación que realiza la copia, la persistencia de la fijación podría variar significativamente, pudiendo incluso llegar a generarse una reproducción no apta para la copia o comunicación pública.

c) La incardinación de las copias caché originadas en el intercambio de archivos a través de redes P2P en la excepción del art. 31.1.

La realización de copias caché en un computador a raíz del uso de una aplicación P2P para el intercambio de archivos pudiera parecer que no ofrece, en principio, salvedad sustancial alguna respecto del régimen general descrito en el punto anterior. En tanto en cuanto se trata de fijaciones que tienen lugar en el equipo personal de un usuario, le son extrapolables las conclusiones generales explicadas en relación a la producción de copias caché *locales*, bien en sede de memoria interna como de memoria externa, hallándose las mismas dentro del límite del artículo 31.1 TRLPI en el primer supuesto y sujetas al derecho exclusivo de reproducción de los titulares de las obras afectadas, en el segundo.

Sin embargo, y en la medida en que también pueden ser consideradas fijaciones generadas en puntos intermedios de una red de comunicaciones en la que el intercambio de información y recursos entre sus diversos puntos o nodos se produce en términos de paridad, de manera autónoma y sin la intervención de un sistema centralizado o jerarquizado que coordine dichas relaciones, debemos de realizar una serie de precisiones adicionales desde la perspectiva de la LSSI, normativa que regula, como sabemos, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como vimos al analizar si las copias RAM generadas *en particular* por la puesta en marcha de una aplicación P2P, podían o no responder a la finalidad de facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, es perfectamente posible aceptar que una persona física o jurídica que haga uso de este *software* pueda llegar a desempeñar un papel de prestador de servicios intermediarios en la transmisión de datos e información entre terceros, pues la definición del concepto permite englobar en la misma a todos aquellos sujetos que realicen de manera regular a través de Internet alguna de las actividades reconocidas legalmente como servicios de la sociedad de la información. De acuerdo con nuestra argumentación, esto permitiría que le pudieran ser aplicables analógicamente alguna de las reglas contenidas en la LSSI, en concreto las relativas a la responsabilidad derivada del ejercicio de estas actividades.

En la medida en que las copias caché originadas a partir del uso de una aplicación P2P también son copias caché generadas en puntos intermedios de una red de comunicaciones, es decir, copias caché de dicho *sistema* de comunicación, la cuestión a dilucidar es si las mismas podrían resultar amparadas por las causas de exención de responsabilidad establecidas por la LSSI para los prestadores de servicios intermedios. En concreto, lo que nos interesa averiguar es si es posible que aquellos que participan en un intercambio de archivos a través de una red P2P puedan llegar a disfrutar en algún momento de la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 15 LSSI para los prestadores de servicios intermedios en relación con las copias caché realizadas en su equipo fruto de esa actividad de intercambio.

Dicho artículo 15 LSSI determina que el prestador de un servicio de intermediación no será responsable por el contenido de los datos transmitidos en red ni por la reproducción temporal de los mismos en la medida en que éstos sean facilitados por un tercero, que la única finalidad de su intermediación sea hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios y que se cumplan los requisitos establecidos en las letras a) a e) concretados en dicha norma. La exigencia de que los datos transmitidos sean facilitados por un destinatario del servicio implica que no cumplirá esta condición quien

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ponga a disposición de los usuarios de una red P2P un determinado contenido, pues en ese caso él estaría originando la transmisión y dejaría de ser un mero intermediario.

En la práctica esto se puede dar, por ejemplo, cuando alguien se conecta a una red P2P y solicita un determinado recurso de su interés, iniciando la descarga del mismo, pero sin llegar a completarla. La exigencia de que la única finalidad sea hacer más eficaz transmisiones ulteriores implica la necesidad de que el participante en la red P2P no tenga por finalidad, por ejemplo, el obtener una copia de la información que transmite a terceros. En la medida en que puedan existir nodos de una red P2P que simplemente transmitan la información que circula por dicha red, con el único objeto de hacer más eficaz dicha transmisión entre los participantes de la misma, este segundo requisito podría también darse en la práctica. En suma, ¿cumpliría estas dos condiciones iniciales del artículo 15 LSSI un usuario de una red P2P que, sin originar la transmisión de los recursos que ayuda a compartir, sólo tuviese como única finalidad de su participación el optimizar o hacer más eficaz el intercambio de información y datos entre los terceros conectados a dicha red? La respuesta entiendo que debe de ser afirmativa.

Partiendo de este supuesto de hecho y en la medida en que además se cumplan los requisitos especificados en las letras a) a e) del artículo 15, dicho usuario de una red P2P podría disfrutar, a mi juicio, del régimen de exoneración de responsabilidad por el contenido de lo transmitido y por las reproducciones generadas de forma automática, provisional y temporal en su equipo, lo cual incluye las posibles copias originadas en determinadas unidades de memoria caché. Pero ¿qué sucederá si no se cumple alguno de estos requisitos?

Como vimos anteriormente, en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos de los artículos de la LSSI que regulan el régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información y de que se vean afectados, en todo o en parte, obras sujetas al derecho exclusivo de reproducción, no cabe predicar directamente la responsabilidad del intermediario por las copias temporales generadas de manera automática, provisional y

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

temporal, sino que será necesario poder contar con una norma de imputación de responsabilidad proveniente del ámbito de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Así, en caso de no cumplirse alguno de los requisitos del 15 LSSI por parte de un usuario de una red P2P que no hubiese originado la transmisión de los recursos que ayuda a compartir y cuya única finalidad sea hacer más eficaz el intercambio de datos entre los terceros conectados a dicha red, la realización de copias caché provenientes de ese intercambio *en memoria interna* acarrearían una exención de responsabilidad *ex* artículo 31.1 TRLPI, al cumplirse los requisitos de esta norma, mientras que el usuario sería responsable por la producción de estas reproducciones caché *en memoria externa* por existir una norma de imputación de responsabilidad proveniente del artículo 18 TRLPI y resultar de imposible incardinación su realización dentro del límite del artículo 31.1. En caso de incumplimiento respondería, en suma, de la misma manera y de acuerdo con el mismo régimen diseñado para el resto de fijaciones que pueden tener lugar en su equipo personal como usuario, de acuerdo con las conclusiones generales explicadas en relación a la producción de copias caché *locales*, tanto en sede de memoria interna como de memoria externa.

d) Los supuestos de reproducciones caché surgidas del uso y disfrute de programas de ordenador y bases de datos.

En nuestra opinión, la producción de copias caché provenientes del uso y disfrute de bases de datos y *software* no presenta especialidad alguna respecto del régimen explicado en relación a la fijación en general de copias caché provenientes del uso y disfrute de obras literarias, artísticas o científicas en el ámbito digital.

Por lo que respecta a las copias caché *del sistema*, esto es, aquellas generadas en puntos intermedios de una red de comunicaciones a raíz de la consulta de una base de datos o la ejecución de un determinado programa de ordenador *online*, y en relación, en primer lugar, a las realizadas en sede de *memoria interna*, de acuerdo con los argumentos ya explicados sobre las reproducciones

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RAM, entendemos que las copias caché del sistema no persistentes provenientes del uso y disfrute de estos dos tipos concretos de obras son provisionales, transitorias o accesorias, carecen de significación económica propia y forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consiste en facilitar una transmisión en red entre terceros o una utilización lícita, por lo que deben de ser consideradas fuera del derecho exclusivo de reproducción merced a lo dispuesto en el 31.1 TRLPI, salvo que la aplicación del 40 bis al caso concreto determine lo contrario.

En base a las mismas razones ya expuestas en relación a las copias RAM, entiendo también que las copias caché del sistema no persistentes provenientes del uso y disfrute de programas de ordenador y bases de datos no constituyen, en rigor, un acto de reproducción en sentido técnico-jurídico, por lo que deberían ser consideradas como excluidas del derecho exclusivo de los derechohabientes.

En relación, en segundo lugar, a las realizadas en sede de *memoria externa*, por constituir fijaciones de naturaleza persistente, no provisionales y susceptibles de contar con significación económica propia, al permitir *a priori* el libre acceso y disponibilidad del contenido fijado, siendo posible por tanto la realización de los actos de copia o comunicación pública regulados por el artículo 18 TRLPI, éstas se hallan sujetas a la autorización previa del titular de los derechos sobre la base de datos o programa de ordenador afectado, siendo imprescindible, en mi opinión y por razones meramente técnicas, la elaboración por parte del operador jurídico de un juicio de provisionalidad al objeto de determinar el alcance *real* de la afectación del derecho del titular.

Operadores de redes, proveedores de acceso y prestadores de servicios de la sociedad de la información podrán beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad por la realización de copias caché provenientes del uso y disfrute de bases de datos y *software* con el fin de permitir o hacer más eficaz la transmisión en red de estas obras, de acuerdo con lo establecido en la LSSI, del mismo modo en que hemos defendido en el caso de la realización de copias caché provenientes del uso y disfrute de obras literarias, artísticas o

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

científicas en general. Para evitar innecesarias repeticiones, remitimos al lector a nuestras conclusiones expresadas al respecto en los apartados correspondientes de este trabajo.

Por lo que respecta a las copias caché *locales*, esto es, aquellas generadas en el equipo personal de un usuario a raíz de la consulta de una base de datos o la ejecución de un programa de ordenador, y en relación, en primer lugar, a las realizadas en sede de *memoria interna*, siendo éstas provisionales, carentes de significación económica propia y cumplir los requisitos del artículo 31.1 TRLPI, salvo que para el caso concreto las disposiciones del 40 bis determinen lo contrario, entiendo que se encuentran excluidas del derecho exclusivo de reproducción del titular de la base de datos o del *software* afectado, no precisando de autorización previa para su realización y no debiendo ser considerados, en rigor, actos de reproducción en el sentido técnico-jurídico del artículo 18.

En relación, en segundo lugar, a las realizadas en sede de *memoria externa*, al no poder ser consideradas provisionales, caracterizarse por ser de naturaleza persistente y accesible, y ser susceptibles de gozar de significación económica propia por permitir la realización de los actos de copia o comunicación pública sujetos *ex* artículo 18 TRLPI a la autorización previa del titular de derechos sobre la base de datos [253] o el *software* afectados, resultando imprescindible la valoración de su grado de provisionalidad para la determinación del alcance *real* de la afectación de derechos.

---

253 En nuestra doctrina, CÁMARA LAPUENTE, además de argumentar que se puedan hacer copias RAM cuando accedemos a una base de datos legalmente, ha puesto de relieve que "*también parecería defendible* [...] *que el usuario pueda realizar, sin autorización expresa, grabaciones permanentes de los resultados de las búsquedas (en el disco duro de su ordenador, en un CD, disquete o mediante copia impresa.*" Véase S. CÁMARA LAPUENTE, «Protección jurídica de las Bases de Datos en Internet», *op. cit.*, págs. 1.609 y 1.610. Sin embargo y de acuerdo con la doctrina del TJCE, habrá extracción en el supuesto de fijaciones realizadas en la memoria externa o en la caché de disco pues implican una transferencia temporal y el almacenamiento en otro soporte, al menos por un tiempo limitado, de elementos extraídos de la base de datos original, y no constituye un acto transitorio en el sentido del artículo 5.1 DDASI la impresión de parte de una obra protegida. Véanse Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2009. Asunto C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD* v *Lakorda AD*, apartado 44; y de 16 de julio de 2009. Asunto C-5/08 *Infopaq International A/S* v *Danskee Dagblades Forening*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5.3.4. Fijaciones para uso privado. El límite del artículo 31.2 TRLPI.

Junto con aquellas reproducciones provisionales que cumplen los requisitos del primer apartado del artículo 31 TRLPI, nuestra ley de propiedad intelectual establece que determinados actos de reproducción para uso privado de obras protegidas no estarán sujetos a la autorización de los derechohabientes. Así, el segundo apartado de esta norma determina que, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25[254], todas aquellas reproducciones realizadas en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, no precisarán de la autorización de sus autores, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias: a) que se lleven a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; b) que las reproducciones se realicen a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a dichas obras o prestaciones; y c) que las copias obtenidas no sean objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

Encontrándose este límite al derecho exclusivo del titular ya presente en la derogada Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual[255], la redacción actual del precepto es resultado de la transposición de la DDASI que tuvo lugar mediante la aprobación de la Ley 23/2006, de 7 de julio[256], clave para la adaptación del límite legal de copia privada al ámbito digital, así como las no menos importantes Ley 21/2014, de 4 de noviembre[257], y el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio[258].

---

254 En favor de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, editores, productores de fonogramas y videogramas por la reproducción para uso privado de sus obras, a fin de mitigar el perjuicio que dejan de percibir, en cuyo análisis no entraremos.

255 Boletín Oficial del Estado, núm. 275, de 17 de noviembre de 1987. Artículos 25 y 31.

256 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Boletín Oficial del Estado, núm. 162, de 8 de julio de 2006.

257 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Si bien una lectura combinada del artículo 5.2 b) y del Considerando 38 DDASI podría haber llevado a un Estado a admitir la copia privada analógica y prohibir la digital[259], nuestra doctrina ha venido entendiendo de manera casi unánime la conveniencia y el acierto del legislador español en mantener una excepción diseñada como *facultativa* para los Estados miembros de la Unión Europea[260], al aceptarse que conservan su vigencia dentro del nuevo contexto digital la mayoría de los argumentos que justificaron la necesidad de implantación del mismo en un mundo exclusivamente analógico[261].

Procede analizar a continuación los requisitos legales de aplicación del límite de uso privado en general, al objeto de determinar a la postre, si las fijaciones realizadas a raíz del intercambio de archivos a través de redes P2P son susceptibles de poder ser consideradas como reproducciones privadas en el sentido del art. 31.2.

5.3.4.1. Ámbito de aplicabilidad de la excepción.

5.3.4.1.1. Consideraciones previas.

---

la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

258 Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Boletín Oficial del Estado, núm. 158, de 4 de julio de 2017.

259 J. LÓPEZ RICHART, «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en J. A. MORENO MARTÍNEZ, *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, *op. cit.*, págs. 185 y 186.

260 Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 588 y 589; así como las críticas manifestadas en su día por F. CARBAJO CASCÓN, en «El pulso en torno a la copia privada», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 16, enero-abril (2004), pág. 34, y en «Reproducción y copia privada en el entorno digital», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 2 (2003), pág. 63; y de B. RIBERA BLANES, *op. cit.*, pág. 368.

261 Véase, por ejemplo, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 589 y 590; y, ya con anterioridad, en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 62 a 74.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En primer lugar, resulta conveniente tener en cuenta que cualquier ejercicio interpretativo de aplicabilidad del límite del 31.2 TRLPI a un supuesto concreto debe realizarse, por una parte, de manera restrictiva y de acuerdo con las condiciones establecidas por la cláusula de cierre del artículo 40 bis, y por otra parte, entendiendo el establecimiento de una compensación equitativa para los titulares de derechos como un requisito del sistema de copia privada que permite la existencia de la excepción en nuestro Derecho[262]. De este modo, cabe afirmarse que el límite de copia privada no puede extenderse sobre toda copia que realice una persona física, exclusivamente para su uso privado, sino que el mismo debe ajustarse a los requisitos del 31.2, no causando un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares, no yendo en detrimento de la explotación normal de las obras[263], y originando una compensación equitativa a favor de los correspondientes derechohabientes.

En segundo lugar, hay que recordar que, como aclara el 31.3 TRLPI, desde un punto de vista objetivo quedan fuera del juego de la excepción los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas y las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

Por último, es importante no olvidar que el ejercicio del límite de copia privada en el ámbito digital ha venido estando tradicionalmente ligado con el empleo de medidas tecnológicas por parte de los titulares de derechos con el fin de evitar la realización no autorizada de copias que puedan poner en peligro la explotación normal de las obras. La relación entre medidas tecnológicas de protección y una excepción a un derecho patrimonial exclusivo como el límite de copia

---

262 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 75; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», en VV.AA., *Protección de la obra audiovisual*. Colección Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, CGPJ, 2007, pág. 171.

263 M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia, op. cit.*, pág. 273.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para uso privado ha estado históricamente polarizada en dos premisas fundamentales, las cuales generaron más debate antaño que en la actualidad, principalmente cuando los respectivos legisladores de nuestro entorno[264] llevaron a cabo la tarea de marcar las líneas rojas que señalarían y delimitarían dicha relación[265].

La primera de estas dos premisas a las que hacemos referencia era que "*cuando los motivos que justificaron la creación de una excepción antes de la llegada de las medidas tecnológicas se mantengan, la excepción de*[be] *ser «garantizada» frente a un uso abusivo* [de las mismas] *que elimine su virtualidad práctica*", mientras que, cuando dichos motivos perdiesen su sentido en el entorno digital, "*será la protección tecnológica la que deba estar garantizada en primer término, de modo que el ejercicio de la excepción se supedite a* [ella]."[266] La segunda premisa era la necesidad de mantener el equilibrio entre las partes implicadas en que se basa el derecho de autor, debiendo jugar las excepciones un papel fundamental como moderadoras del monopolio concedido a los titulares de derechos.

En la actualidad, buena parte de ello tiene reflejo en el artículo 197 TRLPI[267], el cual establece en su punto primero que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios del límite de copia privada del artículo 31.2, los medios adecuados para disfrutar del mismo, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.

---

264 Derivadas de los arts. 5 y 6 DDASI.

265 Citamos en este punto a I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 101. Entre corchetes propio.

266 *Ibidem.*

267 Introducido como parte del nuevo Título VI del Libro III, por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Boletín Oficial del Estado, núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En caso de que los titulares no adopten medidas voluntarias para el cumplimiento de este deber, la norma permite que los beneficiarios del límite de copia privada puedan acudir a la jurisdicción civil o, caso de ser consumidores o usuarios, beneficiarse de la defensa que puedan prestar las asociaciones de consumidores y usuarios, al amparo de las disposiciones establecidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Enjuiciamiento Civil[268]. Ahora bien, se reconoce y autoriza expresamente que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones podrán adoptar las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada, no pudiendo los beneficiarios de la excepción del artículo 31.2 TRLPI exigir su levantamiento[269], en la medida en que, en mi opinión, tales medidas permitan a éstos un disfrute efectivo y razonable de la excepción a la que tienen derecho.

5.3.4.1.2. Requisitos para el juego de la excepción.

a) Los generales del 31.2 TRLPI.

La ley requiere que para que una reproducción de una obra protegida pueda alcanzar la categoría de "privada" y quedar excluida del derecho exclusivo de quienes ostenten derechos sobre la misma, en primer lugar, que la misma sea realizada "en cualquier soporte", lo cual pone de manifiesto la indiferencia tanto del sustentáculo empleado, ya sea éste analógico o digital, como de la fuente lícita de la que proceda la obra reproducida, es decir, material o inmaterial[270], y, por extensión, del procedimiento o método utilizado para ello[271], ya sea manual, mecánico o electrónico —lo cual incluye, en opinión del TJUE y del Abogado General en sus conclusiones en el

---

268 Segundo párrafo del artículo 197.2 TRLPI.

269 Artículo 197.4 TRLPI.

270 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 558.

271 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 77; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 159.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Asunto C-433/20, al interpretar el artículo 5.2.b) DDASI, las reproducciones a través de servicios de computación en la nube—[272].

En segundo lugar y tras la aprobación del número cuatro del artículo primero de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se exige también que la copia no podrá ser realizada con asistencia de terceros, poniéndose de este modo, punto final a la tradicional disputa doctrinal sobre si las copias por encargo, "*en las que una persona efectúa la reproducción y otra la disfruta*" encontraban amparo o no en el límite del 31.2 TRLPI[273].

Antes de la mencionada reforma de 2014, había cierta unanimidad entre nuestra doctrina al respecto de las copias realizadas por un tercero en virtud de encargo, entendiéndose de manera casi unánime que dicha conducta no encajaba en el tenor del 31.2, independientemente de que mediase precio o no, por haber disociación entre la persona que realizaba la reproducción y quien la disfrutaba[274], pues el uso privado sólo se predicaba de la persona que materialmente realizaba la copia. Sin embargo, la confección de copias por el propio destinatario de las mismas pero mediante el empleo de máquinas o dispositivos ajenos sí que generó vivos debates en este no tan lejano pasado, principalmente a raíz del tenor literal del artículo 10.1.a) del Real Decreto 1434/1992 de desarrollo de varios artículos de la anterior Ley de Propiedad Intelectual[275] y del sentido

---

272 Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, presentadas el 23 de septiembre de 2021, apartado 74; y la STJUE (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2022, en el Asunto C-433/20 entre *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH* contra *Strato AG*. Párrafos 14 a 33.

273 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 592.

274 Principalmente desde A. DELGADO PORRAS, «La copia privada en España», REVUE INTERNATIONAL DU DROIT D'AUTEUR, número 145 (1990), pag. 37. Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 559 y 560.

275 "[…] *no tienen la consideración de reproducciones para uso privado* […]: *a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización.*" Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, con la modificación llevada a efecto en su artículo 15.2 por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero. Boletín Oficial del Estado, número 301, de 16 de diciembre de 1992, y núm. 63, de 15 de marzo de 1994.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de alguna resolución jurisdiccional foránea que negaba la consideración de copias de uso privado a las fijaciones de archivos musicales descargados de Internet que se realizasen en los entonces floreciente y populares cibercafés[276].

En relación al primer elemento de esta ya histórica polémica, la vigencia del mencionado artículo 10.1.a) del RD 1434/1992 era discutida por dos sectores claramente enfrentados de nuestra doctrina[277], mientras que los tribunales aceptan mayoritariamente la

---

[276] En concreto *Sony Music Entertainment (UK) Ltd and others* v *Easyinternetcafe Ltd* [2003] EWHC 62, FSR 48 (Ch). La lectura de la decisión judicial arrojaba desde mi punto de vista, varios elementos interesantes que desarbolan el sentido restrictivo que, a priori, parecía que gozaba en aquel entonces esta sentencia. Por una parte, las obras copiadas eran previamente descargadas de Internet y no copias realizadas a partir de ejemplares originales aportados por los clientes del cibercafé —pág. 885, párrafo 12, y, en general, págs. 886 y 887, párrafos 15 a 25—. Por otra, los terminales puestos a disposición del público no permitían a los usuarios la realización directa de fijaciones del material descargado y era necesario solicitar en el mostrador que un empleado procediese a la grabación de dichos contenidos en un disco óptico, previo abono de un determinado importe —págs. 884 y 885, párrafos 6 y 7— . La imposibilidad de que los usuarios realizasen las copias por si mismos y la necesaria intervención de un dependiente obligaba a ver este caso como un supuesto de copia realizada por tercero y no como un ejemplo de confección de copias por el propio destinatario mediante máquinas o dispositivos ajenos. A mi juicio, la decisión del juez británico de entender que la actividad realizada por el demandado no se encontraba amparada por la excepción de copia privada coincidía de manera casi exacta con la opinión manifestada por la doctrina española para aquellos supuestos en los que se daba una disociación entre la persona que realiza la reproducción y quien la disfruta; pero, como decimos, esto es ya agua pasada.

[277] A favor de la misma estaban, entre otros, J. PLAZA PENADÉS, «Comentario del artículo 25», en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 251 y 252; S. MARTÍN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 280, S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 207 a 212; R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 482; y J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada y su alcance como límite del Derecho de Autor», en VV.AA., *XXIV Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*. Publicación número 42 del grupo español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual (AIPPI), 2009, pág. 97. En contra, principalmente R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 46; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 166 a 168 y 182; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA Y F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, pág. 168; F. BONDÍA ROMÁN, «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, Tomo III. Madrid, Civitas, 2003, pág. 3619 y ss.; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 82, y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 560.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

misma[278], puesto que si bien el RD 1434/1992 había quedado derogado por el TRLPI[279], éste mantuvo en vigor lo no modificado por el RD 325/1994[280], "*por lo que tan confusa derogación no afectó al mencionado precepto, por más que la nueva reglamentación se orientase con preferencia a la reproducción de obras audiovisuales.*"[281]

Afortunadamente, tal y como estamos explicando, todo lo que antes era objeto de discusión —la copia por encargo; la realizada por dependientes de establecimientos públicos dedicados a la realización de copias para particulares; la realidad en modalidad de autoservicio en centros de duplicado y locales similares, etc.— quedó superado tras las modificaciones introducidas tanto por la mencionada Ley 21/2014 y el Real Decreto-ley 12/2017 y el establecimiento de la imposibilidad de recurrir a un tercero o utilizar los medios de un tercero para llevar a cabo la reproducción.

Por último y ya para cerrar este punto, no cabe sino manifestar que estamos de acuerdo con aquellos autores que advierten, como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ[282], que una interpretación estricta de este requisito, asimilando la no asistencia de tercero a que la realización de la copia tenga que llevarla directamente a cabo, única y exclusivamente, el beneficiario de la excepción, en algunos casos podría resultar netamente injusta y éstos deberían quedar cubiertos por el límite —personas con discapacidad que no pueden realizar copias por sí mismas, o quienes reciben asistencia "particular" por alguien parte de su círculo familiar o íntimo—.

---

278 Véase, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 247/2008, de 17 octubre; (Sección 18ª), núm. 329/2005, de 13 junio; y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 284/2004, de 2 junio.

279 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE número 162 de 8 de julio de 2006, págs. 25.561 a 25.572.

280 Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero, por el que se modifica el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio. BOE, número 63, de 15/3/1994, págs. 8328 a 8329.

281 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), núm. 94/2004, de 10 febrero, fundamento de derecho segundo.

282 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 592.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

¿Colisionaría ello con la cláusula de cierre del 40 bis TRLPI? No creemos que, en este primer supuesto especial, la realización de copias privadas por tercero, concurriendo el resto de los requisitos establecidos en el 35.2, suponga un perjuicio injustificado para los intereses legítimos de los derechohabientes o que vaya en detrimento de la explotación normal de las obras copiadas. Dentro de un ámbito familiar o íntimo, las consecuencias y relevancia jurídica para los titulares entre que un particular realice personalmente una copia privada empleando medios propios y que un familiar o un amigo la efectúe por quien no puede llevarla a cabo, haciendo uso de los dispositivos *propios* del beneficiario del derecho, parece escasas, prácticamente nulas.

Hay otro segundo tipo de casos respecto a los cuales apunta GARROTE que resultaría muy dudoso el dejarlos fuera de la cobertura de la excepción —las copias realizadas con asistencia "privada", dentro de un ámbito doméstico y haciendo uso de un equipo o soporte sujeto a un sistema de canon—[283], a la vista del tenor literal del artículo 5.2.b) de la DDASI[284] y de las resoluciones por parte del TJUE interpretando que dicha Directiva no se opone al establecimiento de una compensación equitativa por las reproducciones de obras protegidas efectuadas por una persona física a partir o mediante un dispositivo que pertenece a un tercero, como la del asunto C-463/12[285] y, la aún más rotunda, del asunto C-265/16, que afirma que

> "para poder invocar el artículo 5, apartado 2, letra b), no es necesario que las personas físicas de que se trate posean los equipos, aparatos y soportes de reproducción. Dichas personas

---

283 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 592.

284 "*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción* […] *b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas* por una persona física para uso privado *y sin fines directa o indirectamente comerciales,* siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa". Entre corchetes y resaltado propio.

285 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2015, en el asunto C-463/12, en el procedimiento entre *Copydan Båndkopi* y *Nokia Danmark A/S*. Apartados 83, 86 y 91, así como Declarando 8.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> físicas pueden igualmente recibir de un tercero un servicio de reproducción, que constituye la premisa fáctica necesaria para que ellas puedan obtener copias privadas [...];[286]

así como también, a mi juicio, la reciente opinión del Abogado General Hogan en las conclusiones provisionales presentadas en el asunto C-433/20, con relación a las reproducciones que puede realizar *una persona física para uso personal* (sin fines directa o indirectamente comerciales), a través de servicios de computación en la nube prestados por un tercero, en el sentido de que

> "no resulta exigible un canon diferenciado [...], *siempre que el canon que se abone por los dispositivos o soportes en el Estado miembro interesado refleje también el perjuicio causado al titular de los derechos por dicha reproducción.*"[287]

Como tercera condición de las generales del 31.2 TRLPI, se exige que las obras hayan sido divulgadas, lo cual significa, a la luz del artículo 4 TRLPI, que deben haber sido hechas accesibles al público con el consentimiento de los derechohabientes en alguna ocasión anterior. La exigencia adicional de divulgación, pues no lo demanda la DDASI, y su mantenimiento en las reformas posteriores de nuestra Ley de Propiedad Intelectual puede ser entendida como un *plus* de protección para los titulares de derechos[288] o una cautela del legislador destinada a proteger el "derecho de inédito" del autor[289].

Adicionalmente a estas condiciones de partida, en las letras a), b) y c) del artículo 31.2 se fijan tres requisitos que deben concurrir simultáneamente, para poder situar una reproducción dentro del límite legal de copia privada, tal y como se define en nuestra legislación.

---

[286] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2017, en el asunto C-265/16, en el procedimiento entre *VCAST Limited* y *RTI SpA*. Apartado 35.

[287] Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, presentadas el 23 de de septiembre de 2021, en el Asunto C-433/20 entre *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH* contra *Strato AG*. Edición provisional. Apartado 74, segunda conclusión. Entre corchetes y resaltado propio.

[288] I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª ed., pág. 592.

[289] Tal y como la calificaba, atendiendo la redacción del 31.2 TRPLI vigente en aquel momento, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada, op. cit.*, pág. 161.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

b) El requisito de la letra a) del 31.2 TRLPI.

En esta letra se exige, en primer lugar, que la copia sea efectuada *por persona física*, lo cual implica que las personas jurídicas quedan excluidas de poder ser sujetos legitimados para realizar este tipo de reproducciones[290].

También que las reproducciones sean *para uso privado* de quien realiza la copia, lo cual excluye como sujetos beneficiados por el límite, a los terceros parte del ámbito privado o íntimo del copista, como serían sus familiares y amigos; es decir, que el uso de la copia privada lícitamente realizada por alguien dentro de ese círculo ámbito de personas no ampara el uso por parte del resto de parientes y allegados.[291]

Por último *se establece la exclusión del uso profesional o empresarial*, por no constituir usos "privados", derivada de la doctrina comunitaria iniciada con la sentencia del TJUE en el conocido como caso Padawan [292], mantenida consistentemente en diversas resoluciones comunitarias posteriores [293] y gradualmente implementada en diversas legislaciones nacionales[294], entre ellas

---

290 Sobre el particular véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 629/2007, de 8 de junio; del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), asunto C-467/08, caso Padawan SL contra SGAE, de 21 de octubre de 2010; y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), número 89/2011, de 2 de marzo.

291 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 592.

292 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, en el asunto C-467/08, en el procedimiento entre Padawan, S.L. y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE). Apartados 51 a 59.

293 Así, por ejemplo, ha interpretado que el artículo 5.2.b) DDASI se opone a una normativa nacional que permita *a una empresa mercantil* ofrecer a los particulares un servicio de videograbación remota en la nube de copias privadas de obras protegidas por derechos de autor, mediante un sistema informático, *interviniendo activamente en la grabación de tales copias*, sin la autorización del titular de los derechos. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2017, en el asunto C-265/16, en el procedimiento entre *VCAST Limited* y *RTI SpA*. Véase F. CARBAJO CASCÓN Y V. JIMÉNEZ SERRANÍA, «Nubes en la "nube"; Comentario a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16 (VCAST Limited V. RTI SpA)», ADI, volumen 38 (2017-2018), págs. 493 a 508.

294 Véase BIEM / CISAC / STICHTING DE THUISKOPIE, *Private copying global study - Law and Practices*. 2020. Disponible en *<http://www.cisac.org/Newsroom/news-releases/new-private-copying-global-study-shows-potential-better-remuneration>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

España[295]; así como *la ausencia de fines directa o indirectamente comerciales* en la realización de toda copia que pretenda beneficiarse del amparo que podría prestar el 31.2 TRLPI, cuestión que tocaremos un poco más adelante, al comentar de los requisitos de la letra c) de la norma.

c) El requisito de la letra b) del 31.2 TRLPI.

La redacción actual de esta segunda letra del 31.2 establece que la reproducción debe ser realizada a partir de una fuente lícita y que no se vulnerarán las condiciones de acceso a la obra o prestación objeto de copia. Introducida formalmente en nuestro derecho de propiedad intelectual por el apartado dos del artículo único del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio[296], la exigencia de la procedencia legal de la obra objeto de reproducción ha transitado por diversas etapas hasta alcanzar la redacción actual existente en el 31.2.b) TRLPI[297].

Con la aprobación de la Ley 23/2006 se incorporó primero a la TRLPI un elemento no presente en la DDASI, que es que la copia para uso privado se debía de realizar a partir de obras protegidas a las que se haya accedido legalmente. Aún a pesar de que probablemente la intención del legislador español fuese excluir de la consideración de copias privadas a aquellas hechas a partir de ejemplares puestos

---

295 Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª), núm. 449/2021, de 23 de junio, fallando a favor de Caixabank frente a VEGAP y CEDRO, siguiendo el criterio del caso Padawan y obligando a ambas entidades de gestión a la restitución de las cantidades abonadas por la financiera en concepto de compensación por copia privada, por haberse acreditado que los aparatos y equipos adquiridos por Caixabank eran los adecuados para desarrollar la actividad empresarial propia de su objeto social y no eran destinados al uso privado de personas físicas, descrito el artículo 31.2 TRLPI, no concurriendo el requisito potencial de causación de perjuicio efectivo a los autores como consecuencia de la realización de copias privadas de sus obras. Véanse Fundamentos de Derecho Cuarto, párrafos 14 y 18 a 20, y Quinto, párrafo 3.

296 Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Boletín Oficial del Estado, núm. 158, de 4 de julio de 2017.

297 Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 594 a 597.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ilícitamente en el mercado[298], lo cierto es que de la redacción entonces vigente del 31.2 no cabía sino entender que la legalidad o ilegalidad se predicaba del *modo* en el que la persona física que hacía la reproducción accedía a la obra o prestación protegida y no de la *fuente*, es decir, de la propia reproducción que es a su vez copiada[299].

El empleo del término "acceso legal" supuso entonces no pocos quebraderos de cabeza dado su difícil acomodo a todos los supuestos que la amplia gama de posibilidades de confección de copias privadas a partir de soportes matrices tangibles e intangibles ofrecía. Así, quien adquiría en un puesto callejero una copia ilegal de una obra protegida fijada en un soporte óptico, o quien descargaba una obra protegida desde un sitio web que ponía la misma a disposición del público sin la debida autorización para ello o a través de una red P2P, accedía en ambos casos a estas obras de manera legal, pues si bien el soporte a partir del cual se hace la copia podía ser ilícito, el acceso a dicho soporte era legal, bien porque no se había hurtado o robado sino que se había adquirido abonando un precio, bien porque quien accedía a la página web o a la red P2P había abonado la correspondiente cuota para disfrutar de estos servicios de Internet[300].

Sin embargo, lo cierto es que, si bien estas personas no accedían ilegalmente a la obra, sí se estaban aprovechando de la ilegalidad de un tercero que había vulnerado los derechos de los respectivos titulares[301]. Por ello y aunque el requisito de acceso legal no

---

298 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 134; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada, op. cit.*, pág. 304. Véase el *iter* parlamentario de aprobación del requisito en S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 215 a 218.

299 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 133; en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 91; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 3ª ed., págs. 564 y 568.

300 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, págs. 133 a 135; en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 97; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 3ª ed., págs. 569 y 570.

301 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada, op. cit.*, pág. 308. Para ESPÍN y BOUZA, por ejemplo, el ofrecimiento de obras para su descarga a través de redes P2P es un abuso que no tiene cabida en la excepción de copia para uso privado. I.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

contuviese en el momento de aprobación de la Ley 23/2006 ningún elemento subjetivo de valoración del mismo, una parte significativa de nuestra doctrina defendía que éste no podía ser "legal" cuando se fuese conocedor de la ilicitud de la obra, al existir mala fe por parte del usuario que hiciese la copia[302], hasta el punto de poder afirmarse que cuando se descargaban contenidos protegidos desde redes P2P, era evidente que el usuario sabía de la ilicitud de éstos[303].

La Ley 21/2014[304], corregía la cuestión, modificando la redacción precedente y exigiendo en la letra b) del artículo 31.2 que la reproducción se realizase a partir de obras a las que se hubiese accedido legalmente desde una "fuente lícita", entendiendo que ello tenía lugar únicamente cuando la reproducción se realizaba a partir de un soporte que contuviese una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil; o cuando se realizase una reproducción individual de obras a las que se hubiese accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

El Real Decreto-ley 12/2017 recortaría esta casuística sintetizando el requisito en la necesidad de que la reproducción se realizase a partir de una fuente lícita *y que no se vulnerasen las condiciones de acceso a la obra o prestación.*

d) El requisito de la letra c) del 31.2 TRLPI.

ESPÍN ALBA Y M. A. BOUZA LÓPEZ, «Ley por la que se Modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril», ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL, tomo XVI (2005-2006), págs. 436 y 437.

302 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», *op. cit.*, pág. 196; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 48.

303 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *ET AL*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 49.

304 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La redacción actual de la tercera letra del 31.2 incluye la histórica prohibición de que la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, ya presente en el artículo 31 de la derogada Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual[305], así como la de su distribución mediante precio, fruto de la aprobación de la ya mencionada Ley 21/2014.

En relación al primer aspecto, la prohibición de utilización colectiva deriva de la necesidad de que la copia se destine para uso privado de persona física[306]. El término "utilización colectiva" se ha entendido por la doctrina como sinónimo de "uso público", y el "uso privado", en general, como opuesto a "uso colectivo"[307]. Para la exacta concreción del concepto "colectivo" se ha venido acudiendo a lo preceptuado en los artículos 19 y 20 TRLPI relativos a los derechos de comunicación pública y de distribución, de tal modo que se incurrirá en un uso colectivo prohibido por el 31.2.c) cuando una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, salvo cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo, o cuando se pongan, de cualquier forma, las copias a disposición pública, en un soporte tangible.

Sin embargo, aún siendo cierto que acudir a la definición del derecho de distribución no es el único modo de averiguar lo que constituye utilización colectiva de una copia, pues éste se basa en la existencia de ejemplares materiales[308], el realizar una interpretación

---

305 Boletín Oficial del Estado, núm. 275, de 17 de noviembre de 1987. Artículos 25 y 31.

306 J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 20, mayo-agosto (2005), pág. 34; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», *op. cit.*, pág. 176; entre otros. En relación a este aspecto y sobre la superación de la teoría del momento de realización de las copias, véase S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 194 y 195; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 177 a 180.

307 S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 193 y 194; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 85; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 561 y 562.

308 S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 194

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

extensiva de lo dispuesto en el artículo 20.1 TRLPI acerca de la publicidad o privacidad de una comunicación con la intención de perfilar el límite de copia para uso privado, como proponen algunos autores[309], entiendo que debe de ser llevado a cabo con ciertas precauciones, no debiendo de ser aplicado, como veremos a continuación, a las copias privadas realizadas mediante actos integrados o conectados a una red de difusión.

La razón está en que, de acuerdo con el tenor literal del segundo párrafo del 20.1 TRPLI, podrían llegar a considerarse actos públicos, y por ende colectivos, un número importante de actos en principio estrictamente domésticos o privados, simplemente por el hecho de haber sido realizados a través de una red de comunicaciones como Internet[310]. Así, por ejemplo, el envío vía correo electrónico entre padre e hijo de una copia privada que cumpliese escrupulosamente los requisitos del 31.2 podría quedar fuera del ámbito doméstico tan sólo por esta circunstancia, independientemente de que dicha copia hubiese, o no, sido distribuida o puesta a disposición de un grupo de sujetos que no gozasen de vínculo familiar o *cuasi* familiar alguno con el remitente y destinatario del e-mail en cuestión. La paradoja es evidente: habiendo una restricción de destinatarios conforme al vínculo decisivo para poder entender un acto de reproducción como doméstico, la interpretación extensiva del término "público" a través del artículo 20.1, transformaría completamente la condición del acto,

---

309 Particularmente S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 194; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 485, nota 40; a partir de las conclusiones de A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *La obra cinematográfica reproducida en cintas de video*. Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 141, nota 372; y R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», ARANZADI CIVIL, número 11, junio (1993), págs. 17 y 18.

310 El segundo párrafo del 20.1 TRLPI especifica que "*no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*" De acuerdo con la interpretación integradora que proponen LÓPEZ MAZA y SÁNCHEZ ARISTI, aquellos actos realizados en un ámbito doméstico pero integrados o conectados a una red de difusión de cualquier tipo pueden ser considerados como públicos, pues a los efectos del artículo 20, los actos privados de ámbito no familiar serán actos públicos. Cfr. S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 194; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 485, nota 40.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

exclusivamente por haberse hecho uso de una red de difusión, sin atender a ningún otro elemento más de juicio.

Esta puntualización es de suma importancia, pues no son pocos los actos electrónicos plenamente equiparables a otros típicos de un ámbito no electrónico susceptibles de ser considerados como realizados en un contexto doméstico. Tenemos ejemplos claros como el correo electrónico[311], los chats o las videoconferencias, pero también debemos pensar en *cualquier otra transmisión digital de información o datos* —pues a esto se reduce, en suma, cualquier acto realizado a través de una red de comunicaciones—, *que tenga lugar punto a punto o entre un número de puntos discriminado y que pueda ser asimilable como efectivamente realizado en un ámbito estrictamente privado*. Por ello, considero que no es acertado llevar a cabo una interpretación extensiva del límite de copia para uso privado tomando como criterio lo dispuesto en el artículo 20.1 sobre la naturaleza pública o privada de una comunicación, particularmente en el supuesto de copias privadas realizadas mediante actos integrados o conectados a una red de difusión.

Finalmente, la naturaleza colectiva de este uso prohibido está vinculada al destino que se le dé a las copias que se hagan dentro del círculo privado del copista[312], por lo que es indiferente el número de copias efectivamente producidas[313], al no estar limitada su cantidad por ley, si bien doctrina y jurisprudencia parecen coincidir en que, a partir de determinadas cantidades, habrá que presumir que las copias dejan de estar ya destinadas a satisfacer usos privados[314]. Como veremos en detalle más adelante, DDASI y TRLPI permiten

---

311 Véase M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia*, *op. cit.*, págs. 284 y 285.

312 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 597.

313 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 562; y S. MARTÍN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 282.

314 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 44 y 45; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 236 y 237; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, págs. 157 y 158; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 487. En nuestra jurisprudencia véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª), núm. 172/2008, de 8 de mayo, y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), núm. 593/2005, de 10 de mayo, y núm. 764/2001, de 27 de julio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

veladamente[315] que los titulares de derechos puedan limitar el número de reproducciones que en concepto de copia privada se realicen de una obra protegida en un contexto digital mediante el empleo de las conocidas como medidas tecnológicas de protección.

En relación al segundo aspecto del requisito, el término "lucrativo" engloba lo directa o indirectamente comercial, de acuerdo con la expresión utilizada en la DDASI e incorporada, como hemos adelantado, en la letra a) del 31.2 TRLPI, y no únicamente una distribución mediante precio[316]. A este respecto hay que destacar, de nuevo, que el uso lucrativo hace referencia al destino efectivo que se le da a la copia obtenida, de modo que lo que se prohíbe es la utilización lucrativa de la misma[317], no pudiendo entenderse que toda realización de una copia privada conlleva en último extremo una actividad lucrativa por el hecho de ahorrarse el copista el coste de adquirir un ejemplar adicional, pues entendemos que dicha actividad no equivale a una utilización lucrativa en los términos del 31.2.c)[318], al no obtenerse beneficio comercial indirecto con la copia obtenida[319], ni tampoco el pago que no excede del coste de mantenimiento[320].

Se ha afirmado que la referencia en la norma comunitaria a la ausencia de fines directa o indirectamente comerciales, ahora explícitamente mencionados en el artículo 31.2.a) TRLPI, permite extraer del ámbito del límite de copia privada las copias efectuadas privadamente por usuarios "*que sustituyan a una venta*"[321], lo cual es

---

315 F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 134.

316 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 86; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., pág. 563.

317 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 86.

318 R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 485; S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 229; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 182; y S. MARTÍN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 282. En contra, si bien en relación únicamente al intercambio de obras protegidas a través de redes P2P, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», *op. cit.*, pág. 177.

319 Como en su día afirmaba, J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *op. cit.*, pág. 22.

320 S. MARTÍN SALAMANCA, *op. cit.*, pág. 282.

321 M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia*, *op. cit.*, págs. 287 y 288.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un argumento conceptualmente peligroso, pues en último término, toda copia privada podría ser considerada como sustitutiva de una venta. Para evitar que el límite de copia privada se desvirtúe y pierda de este modo su sentido, sólo puede aceptarse que una copia será sustitutiva de una venta cuando se obtenga un beneficio comercial directo o indirecto con la copia obtenida, evitando identificar, por tanto, toda realización de una copia privada con la pérdida de una venta.

En general, y con todas las dificultades prácticas que supone la prueba de la existencia de ánimo de lucro[322], podremos hablar de utilización lucrativa cuando el uso de la copia genere beneficio directo o indirecto, bien por intercambiarse por precio, bien por integrarse en un proceso productivo[323]. Algunos autores han querido ver en este requisito el elemento fundamental para defender, por una parte, que el comodato y la donación de la copia privada a terceros y familiares[324] se ajustan al límite de copia privada, y por otra, que el intercambio masivo a través de redes P2P no lo hace, por darse una utilización lucrativa[325], aún en su modalidad indirecta[326], cuando lo cierto es que parece más sencillo recurrir a otros requisitos como la prohibición de uso colectivo[327] o el uso de la copia en un ámbito privado o doméstico.

De la redacción literal del 31.2 se extrae que el ánimo de lucro debe de darse en el copista, pues la norma requiere que la persona física que lleve a cabo la copia privada no dé una utilización lucrativa a la misma, lo cual implica que la existencia de lucro en un tercero que no sea quien materialmente realice la copia no afectará a la licitud

---

322 En este sentido, la brecha entre la percepción que se tiene del concepto de lucro desde la perspectiva del derecho civil y del derecho penal es notable. El análisis de la cuestión excede con creces el cometido de este trabajo, por lo que remitimos al lector a la abundante jurisprudencia y bibliografía existente en la materia.

323 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 86 y 87; y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 226.

324 S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 229; y J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *op. cit.*, pág. 22.

325 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», *op. cit.*, pág. 177.

326 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 598.

327 *Ibidem*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de la copia. Por esta razón, en concreto, el ánimo de lucro del dueño del establecimiento público donde un particular realiza una copia privada usando medios ajenos no tiñe de ilicitud la misma[328], como tampoco lo hace el ánimo de lucro de quien diseña y comercializa un aparato o dispositivo que permite la realización de copias de obras protegidas.

Generalmente el uso profesional suele equivaler al uso lucrativo, por lo que aquellas copias realizadas por persona física y que puedan *integrarse* en un proceso productivo deberán de contar con la preceptiva autorización. Así, un abogado que incluya en su minuta, además de los honorarios correspondientes por sus servicios profesionales, otra cantidad en concepto de documentación por los artículos doctrinales empleados para la realización de su labor estará incorporando copias, en principio privadas, a un proceso productivo, es decir, a la prestación de servicios jurídicos contratada, con un fin comercial y obteniendo un lucro determinado por ello[329]. Por el contrario, y atendiendo a razones de índole práctica, la doctrina española ha considerado que lo más correcto es considerar aquellas copias realizadas por profesionales *en el desempeño* de su actividad como reproducciones autorizadas, permitiéndose la remuneración de los titulares de derechos afectados a través del sistema de compensación equitativa del artículo 25 TRPLI[330]. De acuerdo con

---

328 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 82. En contra, en su día, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 182; y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 227.

329 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 598, y ya antes, en I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

330 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 86 y 87. A la misma conclusión se había llegado con anterioridad respecto de la realización de copias reprográficas, defendiéndose que aquella copia realizada por un profesional en el desarrollo de su actividad, en la medida en que no se diese a la misma una utilización colectiva o lucrativa, debería de estar cubierta por la excepción de copia privada y recibir compensación a través de la remuneración del artículo 25. Principalmente en F. GÓMEZ POMAR, «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 614, enero-febrero, año LXIX (1993), págs. 200 a 202; y en R. CASAS VALLÉS, «La fotocopia y su régimen jurídico», *op. cit.*, pág. 9 y ss. También favorables a esta tesis, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 184; B. RIBERA BLANES, *op. cit.*,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

esta teoría, en nuestro ejemplo anterior las copias de artículos doctrinales efectuadas no precisarán de autorización al no poder ser consideradas como realizadas con un fin directa o indirectamente comercial, en la medida en que se mantienen en la órbita privada del copista y no se integran en proceso productivo alguno, por lo que no se puede considerar que afecten a la explotación normal de la obra y los posibles perjuicios justificados, en tanto en cuanto se cumplan los requisitos del 31.2, deberían de entenderse como compensados equitativamente a través del sistema de remuneración del artículo 25.

5.3.4.1.3. Exclusiones del ámbito de aplicación de la excepción: el artículo 31.3.

Por último, el número cuatro del artículo primero de la Ley 21/2014, incluía como novedad, acompañando a los supuestos introducidos en su día por la Ley 23/2006 —bases de datos electrónicas y programas de ordenador—, siendo irrelevante la concurrencia del resto de requisitos del 31.2 TRLPI para descartar que puedan llegar a ser consideradas copias privadas, las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra. Tal y como explica GARROTE, en el supuesto de que no exista contrato o éste sea a título gratuito no resulta de aplicación la exclusión contenida en la letra a) del 31.3, cuya clara finalidad es excluir el límite en los supuestos de descarga interactiva desde Internet de contenidos sujetos a una licencia *online*[331].

Atendiendo a todo lo descrito anteriormente, resulta patente que la actual articulación jurídica del límite de uso privado no permite que

---

pág. 331; y S. DÍAZ ALABART, «Comentario al artículo 31» en M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen 4-A. Madrid, EDERSA, 1994, pág. 534. En contra, M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia*, *op. cit.*, pág. 277; y S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, pág. 229.

[331] I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 600.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las fijaciones realizadas a raíz del intercambio de archivos a través de redes P2P puedan llegar a ser consideradas como reproducciones privadas en el sentido del art. 31.2 TRLPI. En la medida en que el intercambio de un archivo a través de una red P2P implica prácticamente siempre su difusión entre un número indeterminado de personas, la prohibición de uso colectivo de la letra c) del mencionado precepto constituye un obstáculo insalvable para ello.

5.4. El Derecho de Distribución en el TRLPI.

Tras la reforma de Ley 23/2006, de 7 de julio[332], que transpuso en nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), la definición de distribución como el acto de *puesta a disposición del público* del original o de las copias de la obra, *en un soporte tangible*, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma, se ha venido mantenido hasta el presente, siendo la última revisión en vigor de la norma, a la hora de redactar estas líneas, la vigente desde el 13 de octubre de 2021.

El derecho de distribución del artículo 19 TRLPI hace referencia, en suma, a la puesta en circulación y control de la obra original o de sus copias en soporte físico, sujetando ambas a la preceptiva autorización del titular o titulares de la obra, pero no al uso o disfrute que de las mismas hagan sus legítimos tenedores.

Adentrándonos ya en el ámbito *online*, hay que hacer varias precisiones conceptuales, principalmente en el marco de las posibles conexiones entre el derecho de distribución y los de reproducción y comunicación pública. Así y, en primer lugar, la relación entre distribución y reproducción no exige necesariamente que el segundo sea un acto separado y anterior al primero e incluso, como apuntaba RIVERO HERNÁNDEZ[333], la reproducción puede ser posterior a la

---

[332] Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE número 162 de 8 de julio de 2006, págs. 25.561 a 25.572.

[333] F. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 308.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

distribución, pero no cabe ya hablar de distribución por medio de reproducción o transmisión, al haber sido llevada esta posibilidad al terreno del derecho de la comunicación pública[334].

Por lo que se refiere al derecho de comunicación pública, el concepto de "puesta a disposición del público" al que se hace referencia en el artículo 19 TRLPI se proyecta "*necesariamente sobre un soporte tangible, no susceptible de transmisión, sea ésta o no interactiva*", lo cual excluye y no debe ser confundido, tal y como advierte SÁNCHEZ ARISTI, con la puesta a disposición pública como consecuencia de la transmisión de contenidos, obras o prestaciones susceptibles de protección a través de redes informáticas[335] de cualquier tipo. Es más, el mismo concepto de "público" al que se hace referencia en la norma al definir el tipo de puesta a disposición que tiene lugar mediante un acto de distribución, debe tomar como referencia el artículo 20.1 TRLPI, el cual define qué son actos de comunicación pública. Como se explicará en el siguiente apartado, no reciben la consideración de "públicos" los actos celebrados dentro de un ámbito estrictamente doméstico, por lo que, "*si la distribución de ejemplares acontece en un ámbito puramente doméstico, tampoco cabría apreciar la existencia de «público» en el sentido del artículo 19.*"[336]

En un tercer plano, el concepto capital del artículo 19, que el objeto de distribución sea un soporte tangible, no puede ser reconducido a otras formas de explotación carentes de proyección corpórea. Por ello, la "creación" de un soporte material a partir de la "descarga" de una copia digitalizada de una obra distribuida en formato físico, previamente "subida" a algún sitio o recurso de Internet o, a mi entender, también a una red P2P, no es equiparable a

---

334 En idénticos términos, R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 341 y 342.

335 *Ibidem*, págs. 349 y 350. En la misma línea, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., pág. 186.

336 R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 354.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

la puesta a disposición de un soporte tangible que prescribe el artículo 19 TRLPI, pues, como explica SÁNCHEZ ARISTI,

> "el soporte cargado en red no es como tal susceptible de ser aprehendido por el destinatario: éste tiene la oportunidad de activar un proceso de transmisión de datos que culmine en la creación de un nuevo archivo en su ordenador, pero el soporte resultante de ese proceso no es el que se puso en origen a disposición del público, sino una réplica o copia del mismo."[337]

5.5. El Derecho de Comunicación Pública en el TRLPI.

Mucho más vinculado con el objeto de estudio del presente trabajo que el derecho de distribución está el derecho de comunicación pública, recogido en el artículo 20 TRLPI y cuya redacción, en lo que atañe a su relación con los actos que tienen lugar a través de redes informáticas distribuidas, se mantiene en lo esencial, inalterable desde la transposición de la Directiva 2001/29[338] mediante la reforma de Ley 23/2006, de 7 de julio[339].

El artículo 20.1 TRPLI define, de manera idéntica a cómo se hacía en la derogada Ley 22/1987[340], que será comunicación pública *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a una obra protegida, sin que tenga lugar una previa distribución de ejemplares a cada una de ellas; salvo cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*. De la definición legal se infieren como límites positivos los requisitos de (a) la existencia de un acto del, o autorizado por el autor; (b) que permita el acceso a su obra;

---

337 R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 356.

338 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 167, 22 de junio de 2001 (en adelante, DDASI).

339 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE número 162 de 8 de julio de 2006, págs. 25.561 a 25.572.

340 Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Boletín Oficial del Estado, núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(c) por parte de una pluralidad de personas, consecuencia de su publicidad; y (d) sin previa distribución de ejemplares, para distinguir comunicación pública del derecho recogido en el artículo 19 TRLPI. Mientras que, constituyen elementos cumulativos, delimitadores en negativo del derecho de comunicación pública, exceptuándose por ello su publicidad, (a) los actos de comunicación que tengan lugar en un ámbito estrictamente doméstico; y que (b) no estén integrados o conectados a una red de difusión de cualquier tipo[341].

Dentro del conjunto de aquellos actos que, por su relevancia, el legislador ha querido dejar claro que suponen comunicación pública mediante su enumeración específica en las distintas letras que conforman el artículo 20.2 TRLPI, se incluye, especialmente, *la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*. Introducida en nuestra legislación por el apartado tres del artículo único de la Ley 23/2006, la redacción está letra i) del artículo 20.2 se corresponde casi literalmente con la contenida en la DDASI[342], la cual tenía por objeto mantener dentro del control de los titulares de este derecho de exclusiva el acceso a obras y prestaciones protegidas ofrecidas desde redes informáticas como Internet, y traía origen, a su vez, del literal del artículo 8 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, adoptado el 20 de diciembre de 1996, durante la Conferencia Diplomática de la OMPI celebrada en Ginebra[343].

---

341 F. RIVERO HERNÁNDEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 3ª ed., págs. 333 a 339; y R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª ed., págs. 390 a 412.

342 Véase el artículo 3º.1 y el Considerando 25 DDASI.

343 "*Artículo 8. Derecho de comunicación al público. Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*" En relación al origen y necesidad de las referencias que se hacen al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, enmendado el 28 de septiembre de 1979, *vid.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Hay comunicación pública en virtud del 20.2.i) TRLPI a partir del momento en que tiene lugar la mera puesta a disposición de la obra o prestación protegida, independientemente de que tenga lugar o no el acceso efectivo a la misma. La publicidad de su disponibilidad es elemento suficiente para calificar el acto como comunicación pública y sólo "*a partir del momento en que el contenido se haya hecho localizable podrá considerarse que* [...] *está teniendo lugar el acto de puesta a disposición del público.*"[344]

5.6. La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y el procedimiento administrativo de salvaguarda de derechos en el entorno digital.

A finales de 2009, el Consejo de Ministros inició la tramitación legislativa para introducir en nuestro ordenamiento jurídico una serie de medidas estructurales de naturaleza interdisciplinar orientadas a crear las condiciones necesarias para favorecer el crecimiento económico de España conciliando éste con el desarrollo social y ambiental, en una economía productiva y competitiva[345]. Los trámites concluyeron con la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES)[346], la cual, en materia de propiedad intelectual, aportaba dos importantes novedades: la habilitación al Gobierno para que, en un plazo de tres meses desde su entrada en vigor, procediese a modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada, adecuándola al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea[347]; y *el establecimiento de un procedimiento administrativo para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información que permitiese, previa autorización judicial, la*

R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª ed., págs. 384 a 386.

344 R. SANCHEZ ARISTI, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª ed., pág. 426.

345 Sobre el concepto de "economía sostenible", véase, J. BANEGAS NÚÑEZ, «Economía sostenible», en J. BANEGAS NÚÑEZ (dir.), *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible.* Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 33 y ss.

346 Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

347 Disposición Adicional 12ª.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

adopción de medidas para interrumpir la prestación de un servicio o retirar aquellos contenidos que vulnerasen derechos de esta naturaleza[348]. El reto no era pequeño y a la LSE siguieron otras propuestas normativas orientadas a avanzar en este segundo ámbito, las cuales iremos exponiendo cronológicamente.

5.6.1. Configuración inicial.

El planteamiento de la LSE pasaba por modificar el artículo 8 LSSI, añadiendo una nueva letra e) a su primer apartado y un nuevo apartado segundo, e introducir una disposición adicional quinta y modificaba el artículo 158 del TRLPI creando la figura de la Comisión de la Propiedad Intelectual[349], dependiente del Ministerio de Cultura, junto a diversas reformas procesales en la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[350]. De este modo, cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atentase o pudiese atentar contra derechos de propiedad intelectual, la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, órgano establecido como competente para su protección, podría adoptar las medidas necesarias para interrumpir dicha prestación o retirar aquellos contenidos que vulnerasen dichos derechos. Se habilitaba, por lo tanto, la posibilidad de acudir a una tercera vía de naturaleza administrativa, alternativa a la civil y a la penal, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la Sociedad de la Información. El objetivo era, tal y como sintetizó CARBAJO CASCÓN, instaurar "*un procedimiento rápido que puede acabar, en caso de estimarse la infracción, en la retirada voluntaria de contenidos por el prestador de servicios, o en medidas consistentes en la retirada de los contenidos*

348 Disposición final 43ª.

349 Sobre sus antecedentes históricos, véase H. AYLLÓN SANTIAGO, «La Comisión de Propiedad Intelectual. Pasado, presente y futuro a la luz del proyecto de Ley de Economía Sostenible.», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011. Pág. 675 y ss.

350 Puntos seis a nueve, disposición final 43ª.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

o, en los casos más graves, en la interrupción del [servicio de la Sociedad de la Información]".[351]

El procedimiento era desarrollado en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre[352], y contaba con un triple control jurisdiccional de la actuación de la administración: para la identificación del responsable del servicio que estuviese realizando la conducta presuntamente vulneradora; para la autorización de las medidas acordadas por la Comisión; y para la ejecución de dichas medidas de suspensión del servicio o retirada de contenidos.

Tras la recepción de la necesaria denuncia proveniente de un titular de derechos, la Comisión solicitaría autorización judicial para requerir a otros prestadores de servicios como operadores de redes u proveedores de acceso a Internet, la cesión de los datos que permitiesen la identificación de los responsables a fin de garantizar su comparecencia en el procedimiento[353]. El Juzgado, en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la petición y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictaría resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución[354]. Si bien la LES no establecía plazo alguno para ello[355], los prestadores están obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.

Una vez conocido el responsable del servicio, la Comisión le requeriría para que, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, retirase voluntariamente los contenidos presuntamente infractores o presentase alegaciones[356]. La retirada de los contenidos pondría fin al

---

351 F. CARBAJO CASCÓN, «Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet», REVISTA D'INTERNET, DRET I POLÍTICA, número 15 (noviembre, 2012), pág. 8. Entre corchetes propio.

352 Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Boletín Oficial del Estado, núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

353 Punto segundo, disposición final 43ª.

354 Punto siete, disposición final 43ª.

355 Como ha puesto de relevancia J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, op. cit.*, págs. 568 y 569. Sobre la comunicación de datos para la identificación de los responsables, véase págs. 529 a 564.

356 Artículo 20.1. Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

procedimiento mientras que, de presentarse alegaciones, la práctica de prueba, el traslado para conclusiones y la caída de resolución por parte de la Comisión, se produciría en un plazo máximo de diez días, momento en el cual se daría traslado de la misma a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo[357], para la autorización de las medidas acordadas en dicha resolución y la ejecución de las mismas[358].

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocaría al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que estos designasen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oiría a todos los personados y resolvería en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adoptase únicamente podría autorizar o denegar la ejecución de la medida[359]. Se criticó con razón que el Real Decreto 1889/2011 era "*confuso y desorganizado en líneas generales, muy pobre*

---

357 Competencia atribuida *ex* artículo 3º de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la LES, por la que se añade un nuevo apartado 5 al artículo 90 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

358 Conforme al apartado segundo añadido por la LES al artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

359 Punto séptimo, disposición final 43ª. En palabras de ALMAGRO NOSETE, "*la forma contradictoria que se pregona es sólo un disfraz, pues no hay contradicción jurisdiccional sobre el fondo que da lugar a la resolución, ni las facultades* [...] *del autorizante permiten, más allá de la posible afectación de un derecho fundamental, una decisión negativa.*" J. ALMAGRO NOSETE, «Aspectos procesales del proyecto de ley "antidescargas"», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, *op. cit.*, pág. 589. La urgencia del procedimiento judicial de autorización también ha sido criticada, habiendo sido tachado de excesivamente corto el plazo previsto para la adopción de la decisión. *Vid.* las conclusiones de la declaración conjunta redactada por la Asociación Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales recogidas en A. SALAS CARCELLER, «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, *op. cit.*, págs. 597 y 598; y H. AYLLÓN SANTIAGO, «Legislación», en E. SERRANO GÓMEZ (dir.), *Anuario de Propiedad Intelectual 2010*. Madrid, Reus, 2011, pág. 25.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

jurídicamente y con un procedimiento que se antoja irrealizable en los cortísimos plazos establecidos."[360]

El procedimiento de la LES, en suma, incluía el control judicial, pero en condiciones bastante restrictivas. En primer lugar, no se enjuiciaba la legalidad de la medida adoptada por la Administración —para eso había que acudir al proceso contencioso-administrativo ordinario o especial—, sino su eficacia: en tanto no se autorizase judicialmente, la medida no podía ser ejecutada. En segundo lugar, el juez no podía realizar la normal ponderación de intereses y graduar la intensidad de la medida, sino que había de limitarse a autorizarla o denegarla, tal y como le llegase en el expediente instruido por la Comisión de Propiedad Intelectual[361].

Varias son las cuestiones relevantes que aportó la LES y que merece la pena destacar sobre este novedoso procedimiento administrativo de protección. En primer lugar, es preciso no olvidar que el mismo se iniciaba siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviese encomendado su ejercicio, lo cual incluía a las sociedades colectivas de gestión de derechos[362], teniendo efectos desestimatorios la falta de resolución sobre la solicitud en el plazo reglamentariamente establecido para ello[363].

En segundo lugar, como precisaba el tenor literal de la LES, el procedimiento sólo cabía ante los responsables de servicios de la Sociedad de la Información[364], no frente a sus usuarios[365]. Este rasgo

---

360 F. CARBAJO CASCÓN, «Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet», *op. cit.*, pág. 9.

361 ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS, «Protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información Economía sostenible», en J. BANEGAS NÚÑEZ (dir.), *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible*, *op. cit.*, págs. 339 y 340.

362 J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 528 y 529.

363 Punto cuatro, disposición final 43ª, añadiendo un nuevo apartado cuarto al artículo 158 TRLPI.

364 *Ibidem.*

365 Aunque las medidas de la LES no tienen como objetivo a los usuarios, éstos podían verse afectados indirectamente, en particular con la exigencia de información a los prestadores de servicios sobre los datos que permitan la identificación de los responsables del

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

distinguía a la iniciativa del legislador español respecto a otras medidas tomadas en nuestro entorno, particularmente en Francia y en el Reino Unido, donde, tal y como explicamos en detalle en el Capítulo III, dentro de un esquema de respuesta gradual eran los usuarios los sujetos de los procedimientos especiales establecidos para la protección de los derechos de propiedad intelectual[366].

En tercer lugar, la LES permitía adoptar medidas para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnerase derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnerasen los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actuase con ánimo de lucro o hubiese causado o fuese susceptible de causar un daño patrimonial[367].

Dos eran las posibles conductas lesivas. La primera de ellas el menoscabo de derechos de propiedad intelectual por parte de un prestador de servicios que actuase, directa o indirectamente, con ánimo de lucro. Si nos aferrásemos a una visión estricta de la figura del prestador, requiriendo inexcusablemente la realización de una actividad económica, podría haberse hallado ánimo de lucro en la mayoría de responsables de éstos, por resultar inherente a la misma, y también en un número menor de prestadores carentes en principio de lucro —pensemos en una organización no gubernamental, o en una asociación cultural, que exploten una página web—, pero que, sin embargo, sí lo hubiesen manifestado en un determinado momento al

---

servicio presuntamente infractor de derechos. J. A. XIOL RÍOS, «Consideración crítica sobre las disposiciones finales del proyecto de Ley de Economía Sostenible. La base civil. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. El caso *Google*.», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, *op. cit.*, pág. 504.

366 Circunstancia que creó profunda preocupación y alarma en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, al considerar que se trataba de una medida desproporcionada y que violaba el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Véase UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*. Human Rights Council. Seventeenth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. A/HRC/17/27. 16 May 2011. Párrafos 49, 78 y 79.

367 Punto cuatro, disposición final 43ª, añadiendo un nuevo apartado cuarto al artículo 158 TRLPI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ofrecer algún servicio remunerado o algún contenido de pago[368]. Pero sólo y exclusivamente en esos momentos. No procedería enjuiciar la concurrencia de ánimo de lucro en quienes prestasen servicios de la Sociedad de la Información sin llegar a desarrollar una actividad económica, aún a pesar de realizarla regularmente, por no encajar en esa definición estricta de prestadores de servicios, quedando fuera de la aplicación del procedimiento previsto en la LES, incluso cuando existiese un menoscabo efectivo de derechos.

La segunda de las conductas lesivas reseñadas es el menoscabo de derechos de propiedad intelectual por parte de un prestador de servicios que hubiese causado o fuese susceptible de causar un daño patrimonial. De nuevo y por idénticos motivos, una interpretación rígida de la LSSI dejaba fuera del procedimiento de la LES a quienes prestaban regularmente servicios de la Sociedad de la Información sin desarrollar una actividad económica, aún en el caso de haber causado o poder causar daños patrimoniales a los derechohabientes[369].

5.6.2. Primeras críticas al procedimiento.

---

368 Como puso acertadamente de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, de 28 de enero de 2010 (en adelante Informe CGPJ), págs. 13 y 14.

369 El Anteproyecto hacía referencia a "*un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o de quien pretenda causar un daño patrimonial*" en su disposición final primera, cuatro. El CGPJ entendió que con la inclusión de esta segunda conducta lesiva "*es claro que* [se] *pretende ampliar el círculo de destinatarios de las medidas a todos aquellos sujetos que, sin encajar propiamente en la definición legal de prestador de servicios de la sociedad de la información –pues ya hemos visto que ésta requiere la presencia de un ingrediente económico, directo o indirecto, a la hora de la prestación del servicio–, colocan no obstante en Internet contenidos en posible vulneración de la propiedad intelectual, sin que esta conducta represente para ellos una actividad económica en ningún sentido*", por lo que recomendó en su día "*que la norma aludiera, junto al prestador de servicios de la sociedad de la información, a cualquier otro proveedor de contenidos, concepto éste que resulta más amplio que aquel, al prescindir del rasgo de la onerosidad o significado económico de la actividad que en cambio viene dado por la definición legal de servicios de la sociedad de la información.*" Habiéndose modificado la redacción en los términos que han quedado plasmados en la actual redacción de la LES, el legislador optó por no incluir a proveedores de contenidos o a quienes no puedan ser considerados prestadores de servicios de acuerdo con la LSSI entre los sujetos contra los que se puede iniciar el procedimiento administrativo de protección de derechos de propiedad intelectual. La diferencia, como supo ver el CGPJ, habría sido notable. Cfr. Informe CGPJ, págs. 14 y 15.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

No tardaron demasiado en escucharse las primeras voces apuntando diversos reproches al sistema de protección introducido a través de la LES. Entre ellos destacaba, en primer lugar, la cuestión de si los derechos de propiedad intelectual eran equiparables a los cuatro motivos recogidos en la LSSI que, hasta la aprobación de la LES, permitían restringir e interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información —investigación penal y seguridad nacional; salud pública; dignidad de la persona y protección de la infancia—. La Asociación Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales[370], por un lado, y la Fiscalía General del Estado[371], por el otro, coincidieron en considerar que la protección de la propiedad intelectual debía situarse a la misma altura que el resto de estos bienes jurídicos. Si bien "la producción y creación literaria, artística, científica y técnica" eran reconocidos como derechos fundamentales por el art. 20.1.b) de la Constitución, la "salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual" no poseía tal privilegiada configuración constitucional. La protección de los bienes jurídicos recogidos en el artículo 8.1 LSSI venía justificada por la salvaguarda de intereses generales o de colectivos situados en una posición de debilidad, no pudiendo alzarse la defensa de la propiedad intelectual al mismo nivel[372], por tratarse de derechos privados cuya defensa frente a actos de otros particulares correspondía a los tribunales de justicia y no a la Administración, existiendo ya cauces legales para ello[373]. El debate, con todo, no llegó a cerrarse satisfactoriamente[374].

---

370 Declaración conjunta, enero de 2010. Principales valoraciones recogidas en A. SALAS CARCELLER, «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», *op. cit.*, págs. 596 a 598.

371 CONSEJO FISCAL. *Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y Anteproyecto del Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible.* Fiscalía General del Estado de España. 12 de febrero de 2010 (en adelante Informe del Consejo Fiscal).

372 Informe del Consejo Fiscal, págs. 4 y 5.

373 A. SALAS CARCELLER, «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», *op. cit.*, págs. 597 y 598.

374 En contra de la incorporación, por parecidos motivos que los expuestos por la Fiscalía General del Estado y por estas dos asociaciones de la Administración de Justicia, también J. M. VILLAR URIBARRI Y C. ANGULO DELGADO, «Análisis crítico respecto de las medidas administrativas previstas en el proyecto de Ley de Economía Sostenible para evitar la explotación no autorizada de obras de creación a través de Internet» y M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La posible configuración de la Propiedad

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En segundo lugar, se criticó la decisión de atribuir a la Administración la salvaguarda de la propiedad intelectual, más allá de realizar políticas de protección y promover una adecuada regulación de su régimen jurídico, encargándole la adopción de medidas de protección de estos derechos ante infracciones concretas[375]. Si bien la opción seguida por el legislador no era extraña a nuestro ordenamiento jurídico[376], la vía administrativa se llegó a considerar como inapropiada, sustractora de la sede natural de protección de los derechos de propiedad intelectual y que afectaba al derecho fundamental al proceso debido[377]. Haber derivado la determinación del funcionamiento de la Comisión y el procedimiento a seguir para la interrupción de la prestación de servicios o la retirada de contenidos a la vía reglamentaria[378], también fue objeto de severas críticas, tanto por la relevancia del procedimiento a regular como por su estrecha relación con muchas de las disposiciones que incorporaba la LES[379].

Intelectual como un derecho de la personalidad en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», en X. O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, *op. cit.*, págs. 613 a 615 y 663 y ss., respectivamente; y ARIÑO Y ASOCIADOS ABOGADOS, «Protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información Economía sostenible», *op. cit.*, pág. 345. A favor, sin embargo, J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 513 a 516.

375 J. A. XIOL RÍOS, «Consideración crítica sobre las disposiciones finales del proyecto de Ley de Economía Sostenible. La base civil. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. El caso *Google*.», *op. cit.*, pág. 503.

376 J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 517 y 518.

377 *Cfr.* J. ALMAGRO NOSETE, «Aspectos procesales del proyecto de ley "antidescargas"», *op. cit.*, pág. 590. En una línea similar se manifiestan en su declaración conjunta la Asociación Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales, *vid.* A. SALAS CARCELLER, «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», *op. cit.*, págs. 597 y 598; y J. M. VILLAR URIBARRI Y C. ANGULO DELGADO, «Análisis crítico respecto de las medidas administrativas previstas en el proyecto de Ley de Economía Sostenible para evitar la explotación no autorizada de obras de creación a través de Internet», *op. cit.*, págs. 619 a 622.

378 Punto cuatro, disposición final 43ª.

379 Véase, Informe CGPJ, pág. 39; Informe del Consejo Fiscal, pág. 17; Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, número 215/2010, de 18 de marzo, pág. 145; J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En tercer lugar, estaba la posible afección del derecho al secreto de las comunicaciones y la privacidad que, según algunos autores, podría producirse cuando la obtención o cesión de datos necesarios para la identificación de los responsables de los servicios hipotéticamente infractores de derechos de propiedad intelectual, se hubiesen generado en el marco de una comunicación privada constitucionalmente protegida [380]. En su opinión, la reforma introducida en la LES adolecía de falta de coherencia con la regulación vigente en materia de cesión de datos[381] que, si bien podía ser salvada, resultaba preocupante, pues la misma en ningún caso podía producirse sin autorización judicial[382]. En este sentido, la Fiscalía General del Estado puso de manifiesto en su momento la conveniencia de modificar la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, para poder proporcionar a la Comisión de Propiedad Intelectual cobertura legal en aquellos casos en los que se precisase obtener datos de identificación que excediesen de los de la titularidad formal registrada[383].

En cuarto lugar, existían un conjunto de problemas de aplicación práctica que fueron entendidos como potencialmente negativos para la pretendida celeridad y eficacia del nuevo instrumento[384]. Entre ellas la

---

aplicación práctica», *op. cit.*, pág. 523; y J. ALMAGRO NOSETE, «Aspectos procesales del proyecto de ley "antidescargas"», *op. cit.*, págs. 584 y 585.

380 Si se tratase, por ejemplo, de datos de tráfico como dirección IP, número de teléfono asociado a dicha dirección IP y titular y domicilio de dicho número de teléfono. *Vid.* J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 533 y 534.

381 *Ibidem*, pág. 535.

382 *Ibidem*, págs. 561 a 564.

383 Véase Informe del Consejo Fiscal, págs. 5 a 10. Defendida con matices por J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 562 a 564.

384 Seguimos la relación hecha por J. J. TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», *op. cit.*, págs. 564 a 575. Véanse también las conclusiones de la declaración conjunta redactada por la Asociación Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales recogidas en A. SALAS CARCELLER, «El

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

confluencia administrativa y jurisdiccional contencioso-administrativa y penal por concurrencia de acciones administrativas y penales; la ausencia de un plazo para la entrega a la Comisión de Propiedad Intelectual de los datos necesarios para la identificación de los responsables; las dificultades de la intervención administrativa o contencioso-administrativa en la acción contra los vulneradores de derechos en el entorno de Internet; y la perturbadora interacción en la práctica de los procedimientos y recursos contencioso-administrativos especialísimo, especial y ordinario en el diseño concretamente articulado.

5.6.3. Modificaciones y configuración actual.

Varias fueron las normas con las que el legislador intentó superar algunos de los problemas e ineficacias apuntadas respecto de la LES. La primera de ellas fue la Ley 21/2014[385]. A su entrada en vigor y en lo que respecta a salvaguarda de derechos en el entorno digital y a restablecimiento de la legalidad, se aprobaba un nuevo y extenso artículo 158 ter TRLPI, a fin de optimizar la intervención administrativa a tales efectos, buscando "*incrementar la eficacia del procedimiento suprimiendo algunos de los obstáculos constatados por la experiencia y aumentando el elenco de los llamados a colaborar para dar cumplimiento a las medidas*" a adoptar por la Sección Segunda de la Comisión, lo que incluía nuevas e "*importantes facultades sancionadoras*" sin que éstas llegasen a alcanzar, yendo a lo que nos ocupa, a los particulares que compartían archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P o a los titulares de páginas personales que no desarrollasen una actividad económica[386].

---

papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», *op. cit.*, pág. 597.

[385] Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

[386] R. CASAS VALLÉS, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., págs. 2.153 y 2.154.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pero y esto es clave para nosotros, la letra B) del artículo 158 ter.2 especificaba que la función de salvaguarda de derechos y el procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigiría contra:

> "Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual [...], facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio."

Esta mención situaba en el punto de mira a aquellos prestadores de servicios que generasen algún tipo de actividad económica derivada de la titularidad o de la administración de sitios o de Internet dedicados al intercambio de información o contenidos disponibles en Internet, proporcionados en forma de hipervínculos por sus usuarios, pero respecto de los cuales ellos debían necesariamente realizar algún tipo de labor de sistematización o clasificación para garantizar cierto orden y, de este modo, mantener la funcionalidad y el atractivo de dichas páginas web entre sus usuarios.

En cuanto al procedimiento de la Ley 21/2014, se mantuvieron las disposiciones del Real Decreto 1889/2011, en la medida en que no contraviniesen lo aprobado vía artículo 158 ter TRLPI, así como el triple control judicial tanto a nivel de identificación del responsable del servicio que estuviese realizando la conducta presuntamente vulneradora; como para la autorización de las medidas acordadas por la Comisión; y, por último, en fase de ejecución de dichas medidas de suspensión del servicio o retirada de contenidos.

En la fase preliminar, se mantiene la legitimación activa, así como la necesidad de denuncia previa por parte del titular de derechos, incluyéndose como novedad el acompañar prueba razonable de previo intento de retirada infructuoso dirigido al correspondiente prestador de servicios. Tras la comprobación formal de los requisitos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de la denuncia, la Comisión solicitaría autorización judicial para requerir a los prestadores de servicios vulneradores como a cualesquiera otros que pudiesen permitir la identificación de los responsables, de modo y manera prácticamente al diseñado en la LES.

El procedimiento de la Ley 21/2014 se ponía en marcha con el consabido requerimiento al responsable del servicio, para que, en un plazo de cuarenta y ocho horas, retirase voluntariamente los contenidos presuntamente infractores o presentase alegaciones. La retirada de los contenidos pondría fin al procedimiento mientras que, de presentarse alegaciones, la práctica de prueba, el traslado para conclusiones y la caída de resolución por parte de la Comisión, se produciría también en un plazo máximo de diez días, momento en el cual se daría traslado de la misma a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, para la autorización de las medidas acordadas en dicha resolución y la ejecución de las mismas.

La Ley 21/2014 mantuvo las disposiciones del Real Decreto 1889/2011 que establecían que, de autorizarse la suspensión, la cual deberá ser objetiva, proporcionada y no discriminatoria, los responsables de los servicios de intermediación deberán dar cumplimiento al auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo que así se lo ordenase, en un plazo de 72 horas desde la recepción de la correspondiente notificación[387]. También que la suspensión del servicio de intermediación cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda el restablecimiento de la legalidad por parte del prestador de servicios intermedios o, en todo caso, una vez transcurrido *un año* desde la ejecución de la medida[388].

Como parte de las novedades resaltables introducidas por la Ley 21/2014, el primer párrafo del artículo 158 ter número 4 permitía solicitar "*medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma*" y el segundo párrafo "*extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como*

387 Artículo 22.3. Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

388 Artículo 24.4. Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurran hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente."

De no producirse el cumplimiento voluntario y para la efectiva ejecución de las medidas acordadas, el artículo 158 ter número 5 permitía requerir la colaboración *necesaria* [389] de terceros intermediarios, servicios de pago electrónico o de publicidad, "*a fin de que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor*", pudiéndose valorar también el "*bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet*" e instar la *cancelación* del dominio utilizado por el infractor, caso de ser un <.es> o contar su registrador con establecimiento en España, por un período de, al menos, seis meses.

Por último, el artículo 158 ter.6 TRLPI diseñado por la Ley 21/2014, incluía un ambicioso régimen sancionador a aplicar por la Sección Segunda que, en puridad, tal y como señaló el Consejo General del Poder Judicial y diversos autores, sólo podría ser iniciado por el Secretario de Cultura

> "por el incumplimiento [*reiterado*] de resoluciones finales de la Sección Segunda y no directamente por cualquier infracción que pudiera cometer un prestador de servicios de la sociedad de la información, aún consistiendo en una vulneración de derechos de propiedad intelectual. En tal caso, habría que acudir primero al procedimiento de restablecimiento de la legalidad."[390]

---

389 Pues en virtud del párrafo quinto del artículo 158 ter.5 la "*falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*" y llevaba aparejada las potenciales sanciones previstas en el Título VII de la LSSI.

390 R. CASAS VALLÉS, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 2.171. Entre corchetes y resaltado propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Las reformas significativas que posteriormente han afectado de alguna manera a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y que han dado forma a las disposiciones que actualmente se contienen en la versión vigente desde noviembre de 2021 del TRLPI, cuyo procedimiento se conserva en lo fundamental casi de manera inalterable, fueron la Ley 2/2019[391], el Real Decreto-ley 17/2020[392] y la reciente Ley 14/2021[393].

La primera de ellas, la Ley 2/2019, modificó el título V, del libro tercero, pasando éste a ser desde entonces el específico de la Comisión de Propiedad Intelectual y, de manera destacada, estableció una nueva redacción en el artículo 195.6 TRLPI de modo y manera que, en aquellos supuestos en los que se produjese un incumplimiento reiterado o se reanudase la actividad ilícita, sería la Comisión Segunda quien decidirá el cese y sanción del prestador de servicios, sin necesidad de contar con autorización judicial para ello. El cambio es relevante, pues a partir de la entrada en vigor de la norma, basta con que la Sección Segunda considere que hay infracciones reiteradas "*para que pueda saltarse por completo la necesidad de que un juez intervenga, mientras que con la anterior redacción debía* [...] *haber una primera infracción con la consecuente aprobación de un juez*"[394] para que pudiera promoverse la suspensión del servicio o el cierre de la página web del responsable de la infracción. También importante es que la Ley 2/2019 introdujo en el último párrafo del artículo 195.4

---

391 Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Boletín Oficial del Estado, núm.53, de 2 de marzo de 2019.

392 Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 6 de mayo de 2020.

393 Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Boletín Oficial del Estado, núm. 244, de 12 de octubre de 2021.

394 V. PÉREZ ROYO, «Las diferentes vías para la protección de los derechos de Propiedad Intelectual en Internet», DIARIO LA LEY, número 9584, 2 de marzo de 2020, pág. 6. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TRLPI la posibilidad de adoptar como medida cautelarísima, el bloqueo de acceso a la página o sitio web del titular del servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor, con carácter previo al acuerdo de inicio del procedimiento de salvaguarda, en los casos en los que éste incumpla la obligación local de identificación establecida en el artículo 10 de la Ley 34/2002, de servicios de la Sociedad de la información y comercio electrónico (LSSI).

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 17/2020 modificaba ya más cuestiones, principalmente en sus Disposiciones Finales Décima y Undécima, relativas a la composición y ciertas cuestiones del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, así como el ajuste necesario del artículo 122.bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Destacan también, la inclusión entre los sujetos pasivos del procedimiento de restablecimiento de la legalidad de quienes proporcionen servicios de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV) o aquellos que faciliten el acceso a dicha difusión realizada por los anteriores, realizando una labor de intermediación activa y no neutral; en particular, quienes, como actividad principal, comercialicen electrónicamente cualquier dispositivo o presten algún servicio que permita acceder a la difusión emitida por los anteriores[395]; y las disposiciones de los artículos 195.4 y 5 TRLPI, previstas para aquellos casos especiales en los que el proveedor requerido no cumple las exigencias de información e identificación de la LSSI.

La última de ellas, la Ley 14/2021, aprueba algún cambio en normas ajenas al TRLPI, como en la ya mencionada Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en relación a determinados aspectos sobre la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda, que requiera ahora la remisión del expediente administrativo junto a la solicitud del Juzgado competente para obtener su preceptiva autorización previa, así como la posibilidad de que, si se alegan nuevos hechos de transcendencia, el juez podrá acordar la celebración de vista oral[396]. La Ley 14/2021 afecta de forma directa a algunos aspectos de la organización y actuación de la Sección Segunda de la

395 195.2.c) TRLPI.

396 Artículo 122 bis.2

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Comisión, entre los que destacan la reforma del artículo 193 TRLPI, que tiene por objeto la composición y funciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, en el sentido de establecer directamente en quién deberá delegar el Ministro si decide hacerlo y en concentrar las vocalías en el Ministerio de Cultura y Deporte; la aprobación de un nuevo apartado 5 del artículo 195 TRLPI, que regula de manera más concreta y rigurosa el procedimiento especial a seguir en el caso de infractores que no cumplen con la obligación de hacer accesibles una serie de datos destinados a identificarlos, de acuerdo con el artículo 10 LSSI; y una pequeña pero relevante modificación aclaratoria del artículo regulador de las sanciones por el incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos o reanudación de actividades interrumpidas, sito en el artículo 195.6 TRLPI de la redacción anterior y, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2021, en el artículo 195.7[397].

No podemos concluir este epígrafe sin mencionar la reciente propuesta legislativa presentada por el Ministerio de Cultura y Deporte para la creación de la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos, organismo autónomo que, según dispone el Anteproyecto hecho público en julio de 2022, tiene como finalidad principal "*la realización de la actividad administrativa que corresponde a la Administración General del Estado en materia de derechos de autor y conexos, así como el impulso y ejecución de la política en esta materia*"[398]. De superar con éxito los trámites necesarios para su aprobación esta Ley modificaría diversos apartados del actual artículo 193 TRLPI, el cual, como sabemos, regula la composición y funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, pasando esta a quedar adscrita a la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos, pudiendo desempeñar, por delegación de la persona titular

---

397 Para una clara y completa comparativa de todos los cambios introducidos por la Ley 14/2021, véase ALADDA, *Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: Ley 14/2021, de 11 de octubre (BOE de 12 de octubre)*. Blog de la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor. Post de 15 de octubre de 2021. Disponible en: *<http://aladda.es/reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-de-propiedad-intelectual-ley-14-2021-de-11-de-octubre-boe-de-12-de-octubre/>*

398 Anteproyecto de Ley de creación de la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos, O.A., de 13 de julio de 2022. Artículo 1.4.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

del Ministerio de Cultura y Deportes, la presidencia de la Sección Segunda[399].

5.6.4. Balance de actuaciones de la Sección Segunda.

Desde el inicio de su actividad en marzo de 2012 hasta septiembre de 2021, se presentaron ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura un total de 729 solicitudes por vulneración de derechos[400]. De ellas, 298 han dado lugar a un archivo directo de actuaciones, tanto por retirada sobrevenida del contenido infractor como por desistimiento del solicitante o no subsanación de solicitudes defectuosas, y 409 han prosperado, dando lugar 219 de ellas a un acuerdo de inicio del procedimiento administrativo de salvaguarda. De esos 219, en 94 casos ha habido una resolución final de la Sección Segunda ordenando la retirada de los contenidos ilegales o la suspensión del servicio de la Sociedad de la Información, a fin de evitar el acceso a los mismos. En 2 de estos casos la Sección Segunda ha dado traslado a la Subdirección General de Propiedad Intelectual para la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador y la imposición de una sanción económica por la comisión de infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros, de acuerdo con el artículo 195.6 TRPLI de entonces, ahora 195.7, tras la entrada en vigor el 13 de octubre de 2021 de la comentada Ley 14/2021[401].

El volumen de solicitudes presentadas por año ha fluctuado notablemente durante esta casi primera década de actividad de la Sección Segunda. Salvo en 2012, año de su creación, el número anual de peticiones de salvaguarda no ha vuelto a superar las 80 y solo en

---

399 Anteproyecto de Ley de creación de la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos, O.A., de 13 de julio de 2022. Disposición final primera

400 Tanto éste como el resto de los datos reflejados en este primer párrafo han sido tomados de COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *Boletín Trimestral de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual*. Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte, 30 de septiembre de 2021, págs. 3 a 5.

401 Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Boletín Oficial del Estado, núm. 244, de 12 de octubre de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuatro de esos nueve ejercicios restantes se superó el umbral de las 40 solicitudes. En ningún año el número de solicitudes presentadas estuvo por debajo de las 20[402].

No parece que estemos ante un número singularmente elevado de solicitudes, pero también es cierto que la lógica parece apuntar a que un número importante de ellas fueron dirigidas no contra una sola página web, sino contra varias. Ello implica que el alcance de la labor de la Sección Segunda, si lo que nos interesa es hacernos una idea aproximada del número real de sitios web infractores o partícipes en las actividades ilícitas objeto de denuncia ante la Sección Segunda es mayor que el número neto de solicitudes. Así y si tomamos, por ejemplo, esos 219 expedientes en lo que se ha producido un acuerdo de inicio del procedimiento administrativo de restitución de la legalidad, entre marzo de 2012 y septiembre de 2021, podemos ver que el número de páginas vulneradoras de derechos de propiedad intelectual fue de 412[403]. De ellas, 37 eran páginas de enlaces notificadas inicialmente como terceros intermediarios[404].

5.7. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Instrumento de incorporación de la Directiva 2000/31[405] a nuestro ordenamiento, la Ley 34/2002, de 11 de julio, (LSSI)[406] regula la prestación de los servicios característicos de la Sociedad de la Información y la contratación electrónica, partiendo de los principios de libre prestación y no sujeción a autorización previa[407]. Como tuvimos oportunidad de explicar en detalle en el apartado 3.2 del Capítulo Tercero del presente trabajo, el régimen de responsabilidad

---

402 COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *Boletín Trimestral de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 3.

403 *Ibidem*, pág. 7.

404 *Ibidem*, pág. 8.

405 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante DCE). Diario Oficial, n° L 178 de 17/07/2000.

406 Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio; corrección de errores en núm. 187, de 6 de agosto.

407 Arts. 6 y 7.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

diseñado por la DCE ha sido recientemente completado con la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DMUD)[408], que establece un régimen específico para aquellos ISPs que, a los fines lucrativos propios que les son propios, alojen y faciliten el acceso del público a grandes cantidades de obras o prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual "cargadas" por sus usuarios, organizándolas y promocionándolas para facilitar una mayor difusión. Este régimen especial, ideado exclusivamente para este tipo de prestadores de servicios, ha sido finalmente transpuesto al ordenamiento español, con las novedades y de la manera explicada en el mencionado epígrafe 3.2 anterior, mediante la publicación del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre[409]. Lo que a continuación explicaremos sobre la LSSI debe, por tanto, relacionarse y ser interpretado en conjunción con este régimen especial y complementario proveniente de la DMUD y aprobado a través del mencionado Real Decreto-ley 24/2021.

En relación al objeto de nuestro trabajo, la LSSI establece el marco general de obligaciones y responsabilidades aplicable a los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación tales como la transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red[410]. Si bien no existe una obligación general de supervisión, dichos intermediarios tienen el deber de colaborar para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se divulguen

---

408 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, n° L 130 de 17/05/2019, pág. 92 y ss.

409 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Boletín Oficial del Estado, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

410 Arts. 10 a 17.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

libremente[411], debiendo hacer frente a las posibles consecuencias derivadas de su incumplimiento no sólo en el orden administrativo, sino en el civil o penal, según los bienes jurídicos afectados[412].

El artículo 8 LSSI establecía, en un principio, que cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atentase o pudiera atentar contra el orden y la salud pública, el respeto a la dignidad de la persona o la protección de la juventud y la infancia, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tuviesen legalmente atribuidas, podrían adoptar las medidas necesarias para que se interrumpiese su prestación o para retirar los datos que vulnerasen estos principios[413]. El término órganos competentes no se limita a los judiciales, sino que incluye a los de naturaleza administrativa que tengan legalmente encomendada la protección de los principios especificados en el artículo 8.1[414]. La LSSI les habilita para que, dentro del conjunto de medidas que están autorizados a adoptar en el cumplimiento de sus funciones, puedan también ordenar la suspensión del servicio y la retirada de contenidos[415].

---

411 Art. 11 LSSI, redactado por el apartado cinco del artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 29 diciembre de 2007. Véase también artículo 12 bis LSSI.

412 Exposición de motivos, punto II, y arts. 13.1 y 37 a 45 LSSI. La responsabilidad regulada en la LSSI coexiste con la posible responsabilidad contractual y extracontractual derivada de posibles daños causados mediando culpa o negligencia, ya sea por acción u omisión.

413 El art. 3.4 DCE permitía a los Estados miembros imponer este tipo de restricciones a los servicios procedentes del exterior cuando atentasen contra determinados principios o supusiesen un riesgo grave de ir en detrimento de los mismos. Tal y como disponen los dos últimos párrafos del art. 8.1 LSSI, en "*la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.* [...] *En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.*" Entre corchetes propio.

414 Anexo j) LSSI.

415 M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 332 y 333.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES)[416] añadió a esta relación de principios la "salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual"[417], introduciendo una nueva letra e) al artículo 8.1 LSSI, atribuyendo al Ministerio de Cultura la obligación de velar por ellos frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, en los términos previstos en la LSSI[418], creándose a tal efecto y como órgano colegiado de ámbito nacional, la Comisión de Propiedad Intelectual[419]. Las implicaciones de esta novedad normativa, junto con el funcionamiento de la Comisión y el procedimiento de suspensión y retirada de contenidos serán explicados con detalle en el apartado relativo al análisis de la LES.

Volviendo a la LSSI, sus artículos 13 a 17 desarrollan un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información por la realización de determinados actos intermedios, dentro del contexto del funcionamiento ordinario de una red de comunicaciones. En concreto, la LSSI hace referencia a la provisión de acceso a la red de comunicaciones, a la transmisión de datos facilitados por terceros a través de la misma, a la copia temporal y alojamiento de dicha información, y, por último, al facilitar enlaces a estos contenidos u ofrecer instrumentos de búsqueda que permitan su localización en la red.

Tres son los elementos de interés que es necesario destacar a la hora de afrontar el análisis jurídico de este régimen de responsabilidad.

En primer lugar, la cuestión inicial es *quién*, en virtud de su actividad, puede ser considerado intermediario de cara a disfrutar del régimen establecido en la LSSI. De manera ciertamente amplia, la figura del prestador de servicios se ha definido como cualquier persona física o jurídica que suministra o proporciona un servicio de la sociedad de la información[420]. Éstos pueden consistir en transmitir información o servicios a través de una red de comunicaciones o entre

416 Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 5 de marzo de 2011.
417 Disposición final cuadragésima tercera. Uno.
418 Disposición final cuadragésima tercera. Tres.
419 Disposición final cuadragésima tercera. Cuatro.
420 Artículo 2.b) DCE y anexo c) LSSI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dos puntos de la misma[421] y ser ofrecidos, además de por operadores de telecomunicaciones y proveedores de acceso a Internet, por portales, motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del cual realice alguna de las actividades indicadas[422].

Quien desarrolla un *software* o una aplicación P2P para el intercambio de archivos en red no presta, en principio, un servicio de la sociedad de la información, pues, simplemente, elabora un producto, una herramienta informática que luego distribuye o comercializa al público. A partir de este producto, sin embargo, sí que es posible suministrar un servicio de los regulados por la LSSI. Piénsese, por ejemplo, en un *tracker*, en un buscador de enlaces o en un servidor parte de una red P2P que, respectivamente, transmitan datos, alojen información o faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda de la misma, relevante para el empleo de dicha herramienta; pero también, en el mismo desarrollador de la aplicación P2P si, además, realiza alguna de esas actividades mediante servidores, buscadores o páginas web propias. Si bien de la lectura de la DCE y la LSSI[423] parece claro que estas actividades sólo pueden ser realizadas dentro de una actividad empresarial o profesional[424],

---

421 Considerando 18 DCE y exposición de motivos, punto II, y anexos a).5 y b) LSSI.

422 Exposición de motivos, punto II, LSSI.

423 Véase considerandos 2, 18 y 19 DCE, punto II de la exposición de motivos, artículo 10 y anexo i) de la LSSI.

424 Así, M. A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, *op. cit.*, pág. 226; S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en S. CAVANILLAS MÚGICA ET AL., *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, *op. cit.*, pág. 8; J. J. MARTOS, *Imposición Indirecta del Comercio Electrónico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 37 y 38; A. GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, *op. cit.*, pág. 213; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en R. MATEU DE ROS Y M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (coords.), *Derecho de Internet*, *op. cit.*, pág. 29; M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en Internet*. *op. cit.*, págs. 11 y 12; P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Aplicación práctica de la LSSI-CE*. Barcelona, Bosch, 2003, págs. 23 y 25 a 27; I. CRESPO VITORIQUE, «Comentario al Artículo 10», en J. CREMADES Y J L. GONZÁLEZ MONTES (coords.), *La nueva ley de Internet*, *op. cit.*, pág. 217; J. CREMADES, «Comentario al Artículo 1», en J. CREMADES Y J L. GONZÁLEZ MONTES (coords.), *op. cit.*, pág. 84; I. SANTAELLA GARCÍA ROYO, «Comentario al Artículo 6», en J. CREMADES Y J L. GONZÁLEZ MONTES (coords.), *op.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

incluso no remunerada[425], y que se encuentran excluidos del conjunto de obligaciones y derechos derivados de estas normas quienes ofrezcan servicios que no constituyan una actividad económica, me parece sumamente interesante la propuesta de CAVANILLAS MÚGICA a favor de la aplicación analógica de las reglas de exoneración de responsabilidad a quienes realicen alguna de las actividades reconocidas legalmente como un servicio de la sociedad de la información, aún sin llegar a constituir actividad económica[426], siempre y cuando, en mi opinión, sea de manera *regular*, pues no puede ser considerado como actividad el ofrecimiento esporádico de servicios[427].

Como ha indicado ORTEGA DÍAZ, sostener lo contrario sería poco razonable en relación a determinadas actividades como, por ejemplo, la provisión de enlaces a contenidos ilícitos, cuando no actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos. Pensemos en su realización por un sujeto sin constituir actividad económica, ello conllevaría la atribución de responsabilidad directa *ex* artículo 1.902 del Código Civil, atribuyéndosele al actor una mayor responsabilidad que a otro que hubiese desarrollado la misma actividad, pero en el contexto de una actividad económica. Se llegaría a la contradicción de atribuir mayor responsabilidad a quien no obtiene ningún beneficio económico sobre otros que sí lo obtienen[428]. En otras palabras:

> "una mayor lenidad hacia quien desarrolla una actividad profesional es contraria a los principios del Derecho de daños y,

---

cit., pág. 133; C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Servidores*. Madrid, Difusa, 2002, pág. 60.

425 Considerando 18 DCE y anexo a) LSSI.

426 Cfr. S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid, Dykinson, 2007, págs. 107 y 108.

427 M. E. CLEMENTE MEORO, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en Internet, op. cit.*, pág. 11.

428 J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet, op. cit.*, pág. 154, nota 12.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> por ello, debe descartarse a falta de algún dato o argumento que permita sostenerla."[429]

Esto conlleva, en opinión de CAVANILLAS MÚGICA, que podrán serles aplicadas alguna de las reglas contenidas en la LSSI, en concreto las relativas a la responsabilidad derivada del ejercicio de sus actividades, mientras que, en cambio, los deberes de información, colaboración y retención de datos no serán exigibles de dichos prestadores con fundamento en esta norma, sin perjuicio de que, en algún caso, lo puedan ser de acuerdo con otra base legal[430].

En segundo lugar, la LSSI refleja la vocación horizontal y universal del régimen de responsabilidad diseñado por el legislador comunitario, lo cual permite que se aplique *a cualquier supuesto* en que la ilicitud del contenido pueda dar lugar a responsabilidad[431]. Así, y de acuerdo con el sentido del artículo 13[432], tendrán preeminencia

---

[429] S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, pág. 108.

[430] S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 9; y S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, pág. 108. Aceptando también la aplicabilidad de las normas de responsabilidad aún en supuestos de ausencia de actividad económica, M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op. cit.*, págs. 217 y 218 (veánse también págs. 321 a 345); M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 321 y 322; y, especialmente, en la medida en que aporta numerosos ejemplos jurisprudenciales propios de aplicación de esta postura, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*. cuarta edición. 4ª ed. Cizur Menor, Civitas — Thomson Reuters, 2011. Págs. 122 y 123.

[431] M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op. cit.*, pág. 218; M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 344 y 345; S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 22; y R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, *op. cit.*, pág. 235.

[432] "13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, *sin perjuicio* de lo dispuesto en esta Ley. 2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, *se estará a lo establecido en los artículos siguientes*." Cursiva propia.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

las reglas de responsabilidad contenidas en esta disposición sobre las de otros cuerpos legales[433], por lo que

> "el intermediario queda libre de responsabilidad tanto si la información o actividad transmitida o alojada infringe derechos de autor como si constituye, por ejemplo, un atentado al honor o al derecho a la intimidad, un acto de competencia desleal, infracción de derechos de marca, injurias, calumnias, difusión de pornografía infantil [...] en suma, cualquier supuesto de ilicitud del que pudiera derivarse responsabilidad. [Pues], gracias a la exclusión de responsabilidad, el proveedor no podrá ser obligado a responder por el hecho de que los datos transmitidos o almacenados sean ilícitos, o porque —aún siendo ilícitos en sí mismos— sean objeto de una actividad ilícita llevada a cabo por los usuarios."[434]

Es oportuno recordar, como indica PEGUERA POCH, que el intermediario que no reúne los requisitos para disfrutar de la exención de responsabilidad no pasa, por ese mismo motivo, a ser responsable de los contenidos de terceros, pues las reglas de la LSSI no son de atribución de responsabilidad. Si no cumple con tales requisitos, el intermediario no podrá invocar a su favor la exclusión de responsabilidad, pero sólo será responsable si existe una norma sustantiva, sea civil o penal, sobre la que se pueda fundar dicha responsabilidad[435]. Esto significa, en palabras de CAVANILLAS MÚGICA ahora,

---

433 S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, págs. 23 y 24. Entre corchetes propio. En el mismo sentido, M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 351 y 352.

434 M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, *op. cit.*, págs. 218 a 220; y en M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 344 y 345.

435 Circunstancia que, como denuncia este autor, ha sido en ocasiones peligrosamente inadvertida por nuestros tribunales. M. PEGUERA POCH, «Atipicidad de la conducta de favorecer la comunicación de obras protegidas (léase, el mero enlace no es delito)», 21 de junio de 2010. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/06/21/atipicidad_enlaces/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> "que las condiciones que delimitan la exención (por ejemplo, la falta de conocimiento efectivo) no sirven inversamente como criterios positivos de imputación de responsabilidad [...] y que éstos han de derivarse del 'Derecho común' de la responsabilidad."[436]

En tercer lugar, la *actividad* que se desarrolla mediante aplicaciones P2P a través de una red de pares encaja en la definición de servicio de la sociedad de la información que existe en el Derecho Comunitario, al poder ser considerados como instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, que ofrecen, generalmente de manera simultánea, un servicio de transmisión de información a través de una red de comunicación y, en determinados casos, el alojamiento de la información facilitada por el destinatario del servicio[437]. La transposición realizada en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2002 refuerza aún más, si cabe, esta interpretación, al singularizar como incluidos dentro de este tipo de servicios la descarga de archivos[438] e identificar la transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en red como actividades de intermediación que pueden realizar los prestadores de servicios de la sociedad de la información[439].

De todo ello se deriva que quienes desarrollen una actividad económica consistente en transmitir, copiar, alojar o facilitar la búsqueda a través de una red de comunicaciones de datos facilitados por los destinatarios del servicio, haciendo uso de la tecnología P2P, desempeñan una labor de intermediación susceptible de permitirles gozar de la consideración legal de prestadores de servicios de la sociedad de la información y, *a priori*, beneficiarse del régimen de exclusión de responsabilidad establecido en la LSSI. Posibilidad que, como hemos explicado, entendemos que también se extiende analógicamente a quienes realicen de manera regular este tipo de servicios, aún sin constituir actividad económica.

---

436 S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, pág. 110.

437 Véase Considerandos 17 y 18 DCE.

438 Punto II de la Exposición de Motivos.

439 Punto III de la Exposición de Motivos y Anexo b).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A continuación, analizaremos los supuestos de exoneración contenidos en los artículos 14, 15 y 17, dejando de lado, por no resultar de relevancia para el estudio del intercambio de archivos a través de redes P2P, el artículo 16, que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos[440].

5.7.1. Responsabilidad de operadores y proveedores de acceso por transmitir y almacenar provisionalmente datos facilitados por terceros.

Al respecto de la previsión del artículo 14 LSSI es necesario realizar varias consideraciones previas. Por un lado, el vocabulario empleado por el legislador nacional, al incluir los términos operadores de red y proveedores de acceso, figuras recogidas tradicionalmente en la normativa aplicable al mercado de las telecomunicaciones, hace imprescindible explicar la relación de esta cláusula de la LSSI con el marco jurídico delimitado inicialmente por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre[441], derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT)[442].

Desde la óptica de la LGT, los operadores pueden explotar redes directamente prestando el servicio de comunicación electrónica a cualquier persona física o jurídica con la que hayan celebrado el correspondiente contrato, siendo éstos considerados a partir de ese momento como abonados del mismo, o bien poniendo la red, sus recursos o servicios propios a disposición de otro operador para que éste, a su vez, pueda prestar servicios de comunicaciones electrónicas al público o apoyarse en ellos para la construcción de servicios propios. En este último caso, se les suele denominar proveedores de acceso[443]. Sin embargo, desde la perspectiva de la LSSI, quienes

---

440 Exclusión de responsabilidad por alojamiento que, según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 316/2010, de 18 de mayo, es aplicable también a los foros de Internet. *Vid.* M. PEGUERA POCH, «El TS confirma que la exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos del art. 16 LSSICE es aplicable a los foros (caso Quejasonline)», 12 de junio de 2010, disponible *online* en su blog *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/06/12/casoquejasonline/>*

441 Boletín Oficial del Estado, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003.

442 Boletín Oficial del Estado, núm. 114, de 10 de mayo de 2014.

443 Véase, si bien en relación a la Ley 32/2003, J. M. MORÁN RIVERO Y P. SOLER MATUTES, «Acceso, interconexión y numeración en redes de comunicaciones electrónicas»,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

presten un servicio de transmisión de datos por redes de telecomunicaciones serán prestadores de servicios de la sociedad de la comunicación, lo cual incluye las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a Internet[444], recibiendo la consideración de proveedores de acceso quienes facilitan al cliente esta conexión, poniéndolo en disposición de utilizar los diversos servicios existentes en la red[445].

La identidad de términos podría dar a entender que el artículo 14 LSSI está pensado para aquellas personas físicas o jurídicas que explotan redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y han notificado al Ministerio u órgano administrativo correspondiente el inicio de su actividad, registrándose a tales efectos, de acuerdo con los términos de la LGT[446]. PEGUERA POCH ya advirtió sobre esta posibilidad en su momento, señalando que la inclusión del término "operador de redes" sería problemático si se interpretaba en un sentido restrictivo y vinculado al que definen las normas de telecomunicaciones[447], pues al ser imprescindible, para poder adquirir esta condición, la notificación al órgano administrativo correspondiente del inicio de actividad, lo que se haría es dar relevancia a la condición del sujeto sobre el tipo de actividad que realiza, cuando tanto la DCE como la LSSI diseñan un régimen de limitación de responsabilidad en función del tipo de actividad que se ejerce, del rol técnico asumido, y no en función del estatuto del

---

en M. SÁNCHEZ BLANCO (dir.), *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2008, pág. 330; y las definiciones de abonado, acceso y operador en los puntos 1, 2 y 26 del Anexo II de la actual LGT.

444 Véase, Exposición de Motivos, punto II, LSSI.

445 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, pág. 83 y ss.

446 Véase el artículo 6 y las definiciones de red de comunicaciones electrónica, de red pública de comunicaciones y de servicio de comunicaciones electrónicas en los puntos 31, 32 y 35 del Anexo II de la LGT.

447 M. PEGUERA POCH, «El sistema d'exempcions de responsabilitat del proveïdors de serveis d'internet», REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, número 3 (2002), pág. 84. Haciéndose eco de la advertencia, M. E. CLEMENTE MEORO, en M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, *op. cit.*, pág. 13.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

operador[448]. La referencia a operadores y proveedores del artículo 14 LSSI, en consecuencia, debe de ser entendida como inclusiva de los sujetos regulados por la LGT y que realicen este tipo de actividades, pero sin limitarse exclusivamente a ellos.

Así, el primer gran obstáculo que acecha a quien se aproxima con ánimo interpretativo al artículo 14 LSSI, es que su redacción exuda cierta preponderancia del sujeto sobre la actividad, seguramente porque el legislador en el momento de su redacción tenía demasiado presente la figura de los sujetos que se podrían acoger a este artículo, hecho que refleja claramente el título que antecede al mismo[449]. El segundo gran escollo a salvar es que, al regular la LGT la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la LSSI la prestación de servicios de transmisión de datos por una red de telecomunicaciones, pudiera parecer que se da un solapamiento de los regímenes jurídicos aplicables a la transmisión de información a través de Internet.

En relación a este segundo punto, durante la vigencia de la Ley 32/2003, se defendió que determinados servicios de transmisión *de datos* al público requerían también de autorización general administrativa, entre ellos, por ejemplo, el intercambio electrónico de datos, la interconexión de redes de área local, la videoconferencia, el acceso a bases de datos, la distribución punto a multipunto de datos e imagen bajo demanda o la transmisión de información (texto, imagen y sonido) mediante redes públicas fijas[450]. Sin embargo, ya en aquel momento esta postura no era correcto. La Ley 32/2003 se centraba en la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas que consisten en el transporte de *señales*, excluyendo de su ámbito los servicios que suministren *contenidos* mediante redes y servicios de

---

448 M. PEGUERA POCH, «El sistema d'exempcions de responsabilitat del proveïdors de serveis d'internet», *op. cit.*, pág. 84 y, especialmente, nota 36, citando a V. SÉDALLIAN, «La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique», CAHIERS LAMY DU DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RÉSEAUX, número 110 (1999).

449 "*Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.*"

450 A. J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Títulos habilitantes para la prestación de servicios de Internet», en J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ Y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, *op. cit.*, pág. 317.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicaciones electrónicas[451]. La ordenación de los servicios de transmisión de *información* a través de una red de comunicación o entre dos puntos de la misma quedan reservados para la LSSI[452], pudiendo éstos ser ofrecidos no sólo por operadores de telecomunicaciones y proveedores de acceso, sino también, como ya hemos visto, por portales, motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del cual realice alguna de las actividades clasificadas como servicios de la sociedad de la información[453]. Con la aprobación de la actual LGT, en cuyo artículo 1.2 explícitamente se indica que se excluyen de su ámbito aplicación los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la LSSI, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el *transporte de señales* a través de redes de comunicaciones electrónicas.

Finalmente, durante la vigencia de la Ley 32/2003 se propugnó que era de aplicación el régimen propio de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, conforme a lo dispuesto en la dicha norma, sin perjuicio de la aplicación de la LSSI, *a todos aquellos proveedores de servicios de la sociedad de la información que constituyan servicios de comunicaciones electrónicas*, por ejemplo, transmitiendo datos en red[454]. Consecuencia, quizás, de la extensión

---

451 Artículo 1 LGT. Véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Comentario al artículo 1», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2004, págs. 36 a 50.

452 Exposición de motivos, punto II, y Anexo b) LSSI. Del mismo modo, Considerando 18 DCE.

453 Exposición de motivos, punto II, LSSI.

454 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, pág. 126. Las causas que pueden haber servido de sostén de una postura tan rigurosa creo que debemos buscarlas, en primer lugar, en la importante influencia de la DMCA en la redacción de la DCE y, por derivación, en la LSSI, a la hora de regular la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, aún a pesar de las notables diferencias de enfoque existentes entre ambas. Como apunta ESTEVE PARDO, cabe reprocharle al legislador comunitario que se haya inspirado en la DMCA para diseñar un sistema horizontal de regulación de responsabilidad, puesto que la ley norteamericana se ciñe al derecho de autor y la directiva europea nace con la intención de ser aplicable a cualquier infracción de derechos. La dificultad de identificar de forma clara y unívoca de entre las múltiples empresas de telecomunicaciones y de las nacientes empresas que operan en Internet cuáles de ellas se encuentran reflejadas en la DCE es una de las consecuencias inevitables de esto. Cfr. M. A. ESTEVE PARDO, *Contratos Multimedia*, *op. cit.*, págs. 162 y 163. En segundo lugar, sin duda, el imparable proceso de convergencia digital, esto es, el proceso de confluencia entre los sectores de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones del cual Internet

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entre parte de nuestra doctrina de la opinión, en aquel entonces, de que todas las redes que transmitan *contenidos* están sujetas a la Ley 32/2003, independientemente de su tipo[455]. Desarrollando la lógica de esta línea de pensamiento, podía deducirse que dichos proveedores de servicios de la sociedad de la información tendrían que notificar al órgano administrativo designado en la Ley 32/2003 el inicio de su actividad, de acuerdo a la redacción de su artículo 6, lo cual implicaría, en relación al supuesto concreto objeto de nuestro trabajo, que quien ofreciese un servicio de transmisión de *información* a través de Internet haciendo uso de la tecnología P2P podría verse también sujeto a esta obligación.

Sin embargo, como confirmó posteriormente la redacción del artículo 1.2 de la actual LGT, esta opinión no era correcta. En primer lugar, porque, conforme a lo ya visto, la Ley 32/2003 tenía por objeto la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas que consistían en el transporte de *señales*, no la de aquellos servicios consistentes en suministrar *contenidos* mediante redes y servicios de comunicaciones. Sólo en el supuesto de que un prestador de servicios se dedicase a la transmisión de señales podría barajarse entonces la aplicabilidad de la Ley 32/2003. En segundo lugar, y de acuerdo con nuestra explicación técnica sobre comunicaciones en red y redes P2P, estas últimas se establecen sobre la infraestructura física de telecomunicaciones existente, propiedad de diferentes operadores privados o gubernamentales. Una red P2P hace uso de esta infraestructura mediante una serie de programas y protocolos determinados, pero no crea físicamente una nueva red. Cuando varios usuarios se conectan en red empleando la tecnología BitTorrent para

---

es motor principal y que implica, a su vez, la convergencia de redes, servicios y negocios, que ha difuminado notablemente los límites de los regímenes jurídicos aplicables a la industria de las telecomunicaciones y a la de los contenidos. Cfr. P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Internet y comunicaciones digitales*. Barcelona, Bosch, 2000. Págs. 17 a 25, y *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones*. Barcelona, Bosch, 2002, págs. 45 a 50. Véase también J. M. VÁZQUEZ QUINTANA, «Internet y telecomunicaciones: modelos de convergencia», en J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ Y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, *op. cit.*, pág. 249 y ss.

[455] J. CREMADES Y M. GARCÍA-VALDECASAS SOLÍS, "Comentario al artículo 1" en J. CREMADES Y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid, La Ley, 2004, pág. 89.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

compartir un archivo, por ejemplo, crean entre ellos una conexión en red y, en sentido estricto, una red de comunicaciones, pero no una red física independiente de la propia Internet. No hay, por tanto, instalación de una nueva red de telecomunicaciones, actividad cuyo fomento y regulación sí tenía entre sus fines la derogada Ley 32/2003[456], sino la utilización de una red ya existente como soporte para el establecimiento de una conexión en red entre usuarios, encontrándose sujetas a lo dispuesto en la Ley 32/2003 únicamente las redes utilizadas *como soporte* de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, las redes de televisión por cable y los recursos asociados, como parte integrante de las comunicaciones electrónicas[457].

En relación al caso concreto del intercambio de archivos a través de redes P2P, la inaplicabilidad del artículo 14 LSSI es clara. Tomemos como ejemplo a Napster, que operaba una red de comunicaciones fuertemente centralizada basada en la existencia de un punto central al cual se tenía que conectar el resto de participantes para poder acceder a la red. Napster proveía el acceso y prestaba un servicio de intermediación que consistía en coordinar y facilitar la búsqueda de recursos en la red por parte de sus usuarios, pero no en transmitir dicha información, pues ésta se realizaba punto a punto entre los participantes, haciendo uso de la infraestructura física de Internet. Técnicamente, Napster tampoco prestaba un servicio de acceso a una red de telecomunicaciones, es decir, a la infraestructura que constituye Internet, pues sólo prestaba un servicio de acceso a una red de comunicaciones creada sobre esa infraestructura. Las mismas conclusiones parecen derivarse respecto de otros sujetos participantes en el intercambio de contenidos a través de redes P2P, piénsese por ejemplo en el modelo BitTorrent: el protocolo creado por Bram Cohen permite la transmisión de manera brillante y eficaz usando la red de telecomunicaciones ya existente; los *trackers*, por su parte, controlan el acceso a los *torrents* donde se produce el intercambio, pero no a la red de telecomunicaciones que se emplea para ello.

La posible aplicación de las normas contenidas en la LSSI a otros sujetos aparte de operadores de telecomunicaciones y proveedores de

456 Véase, en general, la Exposición de motivos de la ley.

457 Exposición de motivos, punto II, Ley 32/2003.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

acceso, como portales, motores de búsqueda o "cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet"[458], aún posible, resulta de una complejidad extrema en el caso del artículo 14, pues las actividades que darían lugar a beneficiarse de su cobertura parecen, *a priori*, de casi imposible realización por este segundo grupo de potenciales actores, a salvo de que, en algún momento, el desarrollo de nueva tecnología pueda hacerlo realidad. Finalmente, el punto segundo del artículo 14 especifica que dentro de las actividades de transmisión y provisión de acceso se incluye el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello. La reproducción temporal de contenidos protegidos, en consecuencia y siempre y cuando se cumplan el conjunto de requisitos de los dos puntos del artículo 14, son susceptibles de no generar responsabilidad ante los legítimos titulares de derechos sobre los datos o la información protegida por el derecho de autor. Las distintas posibilidades de reproducciones que pueden tener lugar y cómo encajaría su realización en la cláusula de este artículo, serán vistas en el siguiente punto de manera conjunta con el artículo 15, norma que, de manera genérica, regula la responsabilidad de los intermediarios por las copias temporales surgidas durante la transmisión de datos solicitados por sus usuarios.

5.7.2. Responsabilidad de los prestadores de servicios por almacenar provisionalmente datos facilitados por terceros.

Toda vez que se cumplan los requisitos en él establecidos, el fin del artículo 15 LSSI es exonerar de responsabilidad a los intermediarios por el contenido de los datos fijados provisionalmente en sus servidores y por la reproducción temporal de éstos sin autorización del legítimo titular de derechos.

En relación al primer aspecto, es necesario destacar que la LSSI no emplea de manera genérica el criterio de la licitud o ilicitud de la información transmitida como baremo para determinar cuándo operará alguna de las causas de limitación legalmente previstas en ella

458 Exposición de motivos, punto II, LSSI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y cuando lo hace, lo vincula exclusivamente al conocimiento *efectivo* que pudiera tener quien pretendiese beneficiarse de su régimen de exoneración[459]. Así, al igual que no se tiene en cuenta la naturaleza lícita o ilícita de la información transmitida en relación a la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso, tampoco se demanda por el artículo 15 a quienes hacen copia temporal de los datos transmitidos. Sin duda, la razón está en que nuestro legislador, en sintonía con el comunitario, ha entendido como un requisito imprescindible para facilitar la expansión de las redes de telecomunicaciones, en especial Internet, vehículos de transmisión e intercambio de información, pilares del comercio electrónico y fuentes de innumerables ventajas económicas y sociales[460], el no otorgar prevalencia a la naturaleza de lo transmitido sobre las actividades de los operadores de redes, proveedores de acceso o prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos solicitados por los usuarios de los mismos.

Como veremos, sólo respecto de aquellos prestadores de servicios de alojamiento de datos proporcionados por el destinatario o servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, la LSSI es rotunda en afirmar que no se beneficiarán de la exención cuando tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada, a la que remiten o recomiendan es *ilícita* o *lesiva* de bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización[461].

En relación con el segundo aspecto, es decir, la reproducción temporal de datos susceptibles de ser considerados obras del intelecto, sin autorización del legítimo titular de derechos, no volveremos a repetir aquí lo ya explicado en los apartados precedentes en relación al análisis del artículo 31.1 TRLPI y de las principales clases de

---

459 En contra, S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 25, para quien los artículos 14 a 17 se ocupan de la responsabilidad por "intermediar" a materiales ilícitos.

460 Considerandos 1, 2, 4, 42 y ss. de la DCE y punto I de la exposición de motivos de la LSSI.

461 Artículos 16.1.a) y 17.1.a) LSSI respectivamente. Véase, M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, págs. 356 y 357.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

reproducciones provisionales o temporales existentes: las copias técnicas, efímeras o intermedias, las copias RAM y las copias caché.

Pero sí es importante destacar que todas ellas constituyen supuestos de copia temporal que, en el caso de ser realizados de acuerdo con los requisitos de los artículos 14 y 15 LSSI, darán amparo a las actividades de transmisión o almacenamiento provisional realizadas por los intermediarios que dan acceso a redes de telecomunicaciones o prestan un servicio de transmisión de datos a través de las mismas.

En el caso de las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias, hemos explicado que son todas las que se originan en el proceso de transmisión de información entre un punto y otro de una red de comunicaciones[462], siendo el *routing*, o proceso de transmisión de información desde un servidor a nuestro equipo a través de un *router*, quizás el acto más citado como ejemplo[463], por lo que parece claro que su realización encaja entre las normales de los operadores de redes y proveedores de acceso del artículo 14 LSSI.

En el caso de las reproducciones o copias RAM, recordemos, estamos hablando de una reproducción fijada en alguno de los componentes de la memoria interna de un computador, generadas sin participación de la voluntad de los usuarios e independientemente de que tengan lugar a través de una red de comunicaciones o no. En relación a las generadas *en particular* por la puesta en marcha de una aplicación P2P, es necesario analizar si sirven exclusivamente para permitir la transmisión, como indica el artículo 14 LSSI, y si responden o no a la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios, como requiere el artículo 15 LSSI.

La finalidad única de la realización de copias RAM es permitir la ejecución de los procesos, programas o aplicaciones que se encuentran en marcha en un computador en un momento determinado, mientras que la finalidad básica de las aplicaciones P2P es el intercambio de información y datos entre terceros a través de una red mediante el

462 Véase, por todos: I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, pág. 280 a 282 (en relación al derecho internacional y comparado), pág. 325 a 328 (en el ordenamiento comunitario), y pág. 346 a 348 (en la legislación española).

463 Véase, por citar a un autor, J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 74 a 76.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

concurso de dicha tecnología. Puesto que sin la realización de copias RAM la ejecución del *software* necesario para gestionar un servicio de intercambio de información a través de una red P2P perdería por completo su eficacia, parece necesario entender que su finalidad es, precisamente, garantizar y permitir la transmisión en si misma y a ulteriores destinatarios y la razón *única* por la que dichas copias RAM son realizadas.

En suma, la generación de copias RAM en un computador como consecuencia de la puesta en funcionamiento de una aplicación P2P de intercambio de archivos o su participación en la misma, por ejemplo, gestionando un servidor que forma parte de una red informática descentralizada, tiene como única finalidad el hacer más eficaz la transmisión ulterior de los datos copiados a otros usuarios, pues técnicamente no cabe la posibilidad contraria. Si se cumplen los requisitos de las letras a) a e) del artículo 15 LSSI, no parece haber inconveniente para que el titular de un servidor participante en una red de este tipo pueda acogerse a esta exención de responsabilidad.

En tercer lugar, tenemos las reproducciones o copias caché. La generación de reproducciones caché que tiene lugar en los diferentes computadores que intervienen en el intercambio de información a través de una red de comunicaciones incluye tanto los equipos de los usuarios participantes, como los equipos que gestionan la actividad de servidores u otros puntos intermedios de la misma. Así, es posible hablar de dos tipos de fijaciones en la memoria caché, por una parte, las copias caché *locales*, que son las que tienen lugar en el equipo personal de un usuario que no constituye un punto intermedio de una red de comunicaciones, y las reproducciones caché *del sistema*, que son las que se generan en los computadores que sí constituyen puntos intermedios, también conocidos como *proxies*[464]. Este segundo tipo es el de mayor relevancia con relación al marco de responsabilidad acotado por la LSSI.

La producción de copias caché *del sistema* es, como acertadamente ha indicado ORTEGA DÍAZ, "*una técnica de maximización de recursos empleada habitualmente por los servidores*

[464] Véase P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Aspects of Catching*, *op. cit.*, págs. 21 y 22, y «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», *op. cit.*, pág. 482 y ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que prestan acceso a una red telemática para mejorar su servicio" de evidentes ventajas de índole práctica: el almacenamiento de información de uso frecuente o previsible facilita el tráfico de datos y aumenta la velocidad de nuevos accesos a dichos contenidos[465]. El fin último del mismo es la optimización del acceso y transferencia de todo tipo de contenidos, protegidos o no, por parte de quienes hacen uso de una red de comunicaciones como Internet.

Debemos detenernos ahora en perfilar las características básicas de las copias caché del sistema en sus dos posibles vertientes: las realizadas en memoria interna y las fijadas en memoria externa[466]. Las copias caché del sistema tienen como principal finalidad la de dotar de mayor eficacia la transmisión de información en la que participan, a los efectos de los artículos 14 y 15 LSSI. Así, entiendo como esencial la realización de copias caché del sistema en la medida en que resultan claramente positivas para el desarrollo, mantenimiento y funcionamiento de redes complejas de telecomunicaciones como Internet y porque, como acertadamente señala ORTEGA DÍAZ, las necesidades de las propias infraestructuras tecnológicas las han convertido en un elemento *esencial* del proceso tecnológico en el que participan[467], hasta el punto de que el empleo de un proceso, en principio accesorio a la comunicación en red, como el *proxy caching* se ha transformado en un elemento absolutamente imprescindible para el óptimo funcionamiento de Internet. Sin copias caché del sistema, la red no funcionaría eficazmente, siendo su finalidad principal hacer más eficaz la transmisión.

Respecto a las copias caché del sistema, fijadas *en la memoria interna* de aquellos computadores que desempeñan una función de intermediarios durante el proceso de transmisión de información a través de una red de comunicaciones, éstas se registran en las distintas

---

465 J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 77. En esta línea también F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 106.

466 La realización de copias caché locales, que tienen lugar en equipos que no constituyen puntos intermedios de una red de comunicaciones, no presenta, en base a su persistencia y al tipo de unidad de memoria que las aloja, diferencias sustanciales con la producción de copias caché del sistema. Sin embargo, no incluiremos su estudio en este trabajo, al no ser de importancia desde la óptica de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación.

467 J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 77 a 79.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

unidades caché que pueden encontrarse en ese tipo de memoria. El contenido grabado en estas cachés es volátil e inaccesible para los usuarios, lo cual implica que puedan ser consideradas de naturaleza *no persistente*. Aún siendo posible configurar determinados parámetros de su funcionamiento, la realización de copias está ciertamente automatizada, no requiriéndose la intervención del usuario para el funcionamiento de estas unidades de memoria caché, por lo que no hay inconveniente en poder afirmar su manifiesta naturaleza automática.

Por lo que respecta a las copias del sistema realizadas *en la memoria externa* de aquellos computadores que desempeñan una función de intermediarios en el proceso de transmisión de información a través de una red de comunicaciones, las mismas se realizan físicamente en las distintas unidades ópticas o magnéticas que conforman dicho nivel de memoria. Como explicamos con anterioridad, los datos fijados en estos dispositivos no se pierden al apagarse el computador, siendo plenamente accesibles por los usuarios, generalmente en forma de ficheros, archivos o documentos, lo cual implica, a diferencia de las copias caché del sistema fijadas en sede de memoria interna, que éstos pueden ser consideradas de naturaleza *persistente*. Independientemente de formar parte integrante de un proceso tecnológico con el objeto de facilitar una transmisión en red entre terceros, su naturaleza persistente impide que puedan ser calificados como actos de reproducción provisional, al permitir el libre acceso y disponibilidad del contenido fijado.

Esta circunstancia no exime al operador jurídico que tenga la tarea de determinar para un supuesto concreto su cumplimiento o no de los requisitos del artículo 15 LSSI, de efectuar un juicio de valor respecto del grado de provisionalidad de las fijaciones producidas. La razón está en la posibilidad de que, dependiendo de la configuración predeterminada por el fabricante o establecida por el usuario para la aplicación que realiza la copia, la persistencia de la fijación pueda variar significativamente. Si bien, al igual que las copias caché del sistema no persistentes, las persistentes se realizan también de manera automática, lo cierto es que el margen de configuración, especialmente por parte del usuario, es sensiblemente superior, por lo

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que existe la posibilidad de que se genere una reproducción de datos sujetos a derechos de autor, plenamente accesible por el usuario pero que, sin embargo, no permita la copia o comunicación pública de la obra afectada al resultar la misma, en la práctica, inservible total o parcialmente a tal fin. La ejecución de un videojuego desde un DVD constituye un ejemplo de actividad que puede implicar la realización de copias caché en bucle, reescribiéndose continuamente el contenido de la unidad de memoria que las aloja[468], y también la labor de indexación continua de páginas web realizada por los robots de búsqueda de Google[469].

En resumen, los intermediarios que prestan un servicio que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por los usuarios o facilitar el acceso a los mismos no serán responsables por la información transmitida ni por la realización de copias automáticas y temporales de las mismas, de acuerdo con los artículos 14 y 15 LSSI. Posibilidad que entendemos que es extensible por analogía a quienes ofrezcan este tipo de servicios de manera regular sin llegar a constituir actividad económica. En el caso de las reproducciones provisionales, esto incluye todas las copias técnicas, efímeras o intermedias, las copias RAM y las copias caché del sistema en sede de memoria interna que hayan podido tener lugar y que reúnan los requisitos de los artículos 14 o 15 LSSI. Sin embargo, quedan en principio excluidas, salvo que las particularidades técnicas propias del mecanismo o la aplicación que las genere demuestren lo contrario, todas las copias caché del sistema fijadas en sede de memoria externa, independientemente de que se llegaren a cumplir las condiciones del artículo 14 o del 15, por ausencia en su naturaleza de la cualidad de provisionalidad[470].

---

468 Como se puso de manifiesto en el Reino Unido con motivo de la decisión en el asunto *Gilham* v *R* [2009] EWCA Crim 2293.

469 Véase S. KLEIN, «Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law», *op. cit.*, pág. 469.

470 El conocido como caso Megakini tocó en profundidad la responsabilidad de los prestadores de servicios por la realización de reproducciones temporales, si bien, el servicio prestado por Google, la compañía demandada, no era el susceptible de acogerse a las limitaciones de los artículos 14 o 15, pues la empresa norteamericana se dedica, como es sabido, a ofrecer servicios de provisión de enlaces o búsqueda de contenidos. A la hora de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En el supuesto concreto del intercambio de archivos a través de aplicaciones P2P, al igual que en otros procesos de transmisión de información en red, también tienen lugar diversas fijaciones automáticas, provisionales y temporales. Por ello, aquellos intermediarios, bien operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso, bien portales, motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet que realice alguna de las actividades indicadas en los artículos 14 y 15 LSSI y cumpla los requisitos en ellos establecidas, no responderán del almacenamiento temporal de los contenidos transmitidos en forma de copias técnicas, efímeras o intermedias, copias RAM y copias caché

---

resolver la apelación, la Audiencia Provincial entendió que la copia *del código HTML* de las páginas web que indexa Google y que posibilita el posterior ofrecimiento de un enlace a las mismas como parte de los resultados obtenidos en la búsqueda realizada por un usuario, queda dentro del límite del artículo 31.1 TRLPI (fundamento de derecho segundo). Del mismo modo, consideró amparadas por esta excepción, aquellas reproducciones parciales *del texto de los sitios web* al presentar el resultado de la búsqueda formulada, que se lleva a cabo mostrando una pantalla con una relación de sitios web, en la que aparece el título de cada sitio, debajo del cual se reproduce un fragmento del texto del sitio en cuestión (fundamento de derecho tercero). Sin embargo, discrepamos de la decisión de la Audiencia de considerar que las copias caché "complementarias" del servicio de motor de búsqueda y que son *reproducciones de las páginas web*, realizadas durante la labor de indexado y fijadas en los servidores de Google, para ser *ofrecidas como un servicio complementario a la búsqueda*, permitiendo al usuario la consulta de la página aún a pesar de no estar disponible, encajen de manera genérica, como parece establecer la sentencia, dentro de la cláusula del 31.1 (fundamento de derecho tercero). A mi juicio, esto sólo puede entenderse de las copias caché realizadas en sede de memoria interna, quedando excluidas todas las copias caché del sistema fijadas en sede de memoria externa, por las razones expuestas en este apartado, *aun cumpliéndose los requisitos del artículo 15 LSSI*, salvo que las particularidades técnicas propias del mecanismo o la aplicación que las genere demuestren lo contrario, cosa que no se llegó a sopesar por la Audiencia. (véase fundamento de derecho cuarto) La sala hace una equiparación entre la realización de este tipo de copias caché con las copias caché del sistema, lo cual es incorrecto, pues los servidores de Google no constituyen puntos intermedios de una red de comunicaciones equivalentes a los *proxies*, pero independientemente de eso, si así se quisiese ver, las copias caché del sistema en sede de memoria interna tampoco quedarían cubiertas por la excepción del artículo 31.1 al ser no volátiles y plenamente accesibles por el propietario de éstos. Pese a todo, la sentencia llega a una conclusión parecida a la alcanzada por los tribunales norteamericanos en *Field* v. *Google Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006) y las ya citadas *Kelly* v. *Arriba Soft Corporation*, 336 F. 3d 811 (9th Cir. 2003) y *Perfect 10, Inc.* v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007). Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, RA 92/2006, de 17 de septiembre de 2008. Véase también, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, págs. 729 a 736.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

del sistema en sede de memoria interna. Salvo que, en la práctica, las características del equipo que las genere revelen lo contrario, serán responsables de todas las copias caché del sistema fijadas en sede de memoria externa, independientemente de que se cumplan o no las condiciones del artículo 14 o del 15, dada la falta de provisionalidad de las mismas.

Como explicamos en el apartado anterior, la aplicación de la cláusula limitativa de responsabilidad del artículo 14 LSSI es muy complicada para la actividad concreta del intercambio de archivos a través de redes P2P, más allá de las figuras de los operadores de redes y proveedores de acceso. Si bien no sucede exactamente lo mismo en relación al artículo 15, en la medida en que puede haber determinados sujetos que dispongan de un sitio de Internet y que realicen servicios de transmisión de datos facilitados por sus usuarios, no es sencillo encontrar algún ejemplo posible en relación al intercambio de archivos a través de redes P2P. Los titulares de servidores o pares parte de una red P2P, por ejemplo, como los servidores del modelo Napster o eDonkey, y los supernodos en FastTrack o los *ultrapeers* en Gnutella 2, no realizan como parte de su actividad copias temporales de los archivos que se intercambian en las redes a cuyo mejor funcionamiento auxilian. Los servidores no forman parte de la red, en el sentido que sólo ayudan a las labores de búsqueda de los pares participantes, generalmente mediante el empleo de directorios de los recursos existentes, mientras que los pares que realizan funciones de supernodos o *ultrapeers*, son computadores de usuarios que, por gozar de un mayor ancho de banda, coordinan y ayudan en el proceso de búsqueda de recursos o nuevos pares. En ninguno de los dos casos esta labor automatizada precisa de la realización de copias temporales de los datos compartidos a través de la red. Algo parecido sucede en relación a los *trackers*, cuya función es la de controlar el acceso a los *torrents* donde se produce el intercambio y optimizar el mismo, pero nada más. Si bien el avance tecnológico no nos ha provisto aún de un ejemplo claro que se ajuste a la actividad reflejada en el artículo 15 LSSI dentro del ámbito del intercambio de archivos a través de redes P2P, la prudencia obliga a no cerrar este punto asegurando que su aplicación a este tipo de actividades es improbable.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5.7.3. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Como novedad normativa respecto de la DCE, el legislador español ha desarrollado en el artículo 17 LSSI una regla de exclusión relativa a la eventual responsabilidad derivada de facilitar enlaces o incluir entre los resultados de un servicio de búsqueda enlaces a contenidos ilícitos o que lesionen derechos de terceros susceptibles de indemnización, siempre y cuando el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información a la que remiten, o, si lo tiene, actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, añadió un segundo apartado al artículo 17 en virtud del cual esta exención no operará cuando el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite, actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador de servicios[471].

El hecho de que la redacción del artículo 17 no haga referencia a que las actividades de facilitar enlaces directamente o mediante motores de búsqueda constituyen servicios de intermediación, cosa que sí sucede en los artículos 14, 15 y 16, no debe de llevarnos a entender que cuando la obtención del enlace provenga del segundo supuesto, estaremos ante un servicio de intermediación, mientras que cuando se facilite un enlace, por ejemplo, incluyéndolo en una página web, estaremos ante una provisión de contenidos[472]. La LSSI recoge, dentro del concepto de servicios de intermediación, la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a sitios de Internet como un ejemplo paradigmático de éstos, por lo que no cabe sino entender que la actividad de facilitar enlaces a contenidos constituye un servicio de intermediación en la medida en que facilita la prestación o utilización de otros servicios o el acceso a la información[473].

---

471 Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

472 M. E. CLEMENTE MEORO, en M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, *op. cit.*, pág. 16.

473 Anexo, letra b) LSSI. En el mismo sentido, J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pág. 150, y J. I. VIDAL PORTABALES, *Sociedad de la Información y Empresa*. Granada, Comares, 2010, págs. 25 y 26. Véase también, en el caso Google I, el

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Al elegir la fórmula del conocimiento "efectivo", el legislador español ha querido ofrecer el máximo grado de seguridad jurídica a los prestadores de servicios que se dediquen a esta actividad, evitando caer en fórmulas demasiado condescendientes con los titulares de derechos —pensemos en el conocimiento "presunto" que requiere la DMCA—[474], y que podrían llegar a trabar injustificadamente el desarrollo del comercio electrónico. El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del concepto de conocimiento efectivo, optando por una interpretación no limitativa del mismo[475], en el sentido de que es posible obtener dicho conocimiento al margen de los medios contemplados expresamente en la LSSI[476], pudiendo ésta derivar de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate[477]. Entiende nuestro Alto Tribunal, en suma, que la LSSI no restringe los instrumentos aptos para alcanzar este conocimiento efectivo[478],

---

fundamento de derecho tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, RA 92/2006, de 17 de septiembre de 2008.

474 E. MORÓN LERMA, «La infracción de los derechos de propiedad intelectual en el medio digital: aspectos penales», en G. PALAO MORENO Y J. PLAZA PENADÉS (dirs), *Nuevos retos de la propiedad intelectual*. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2009, pág. 181; y J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 162 y 163, nota 20.

475 M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, pág. 357.

476 Sentencia núm. 773/2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de diciembre. También interesantes, si bien relativas al requisito del conocimiento efectivo, pero a la hora de apreciar la limitación de responsabilidad del artículo 16 LLSI, la Sentencia núm. 289/2010 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 20 de septiembre y la Sentencia núm. 72/2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de febrero. Para un análisis sobre los indicadores básicos de un conocimiento efectivo en el contexto de una actividad de intermediación, véase S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, págs. 30 a 35. También S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, págs. 112 a 116

477 Sentencia núm. 742/2012 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre. Fundamento de Derecho Séptimo, último párrafo.

478 Sentencia núm. 128/2013 del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 26 de febrero. Antecedente de Hecho Octavo, párrafo cuarto *in fine*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

incluyendo hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito[479].

Si bien el legislador, al establecer la redacción del artículo 17 LSSI, no tenía en mente las diferentes posibilidades de enlaces que técnicamente pueden existir, la previsión contenida en el mismo es aplicable a todos y a cada uno de ellos[480], en particular a los hipervínculos empleados para el intercambio de archivos a través de redes P2P como pueden ser los enlaces *torrent*, eD2k o *magnet*.

Los hipervínculos son un conjunto de instrucciones que hacen posible que un programa informático pueda acceder correctamente a un determinado recurso de los millones existentes en Internet. Cada recurso está localizado por una dirección única conocida como URL (*Uniform Resource Locator*), de acuerdo con la siguiente fórmula: *protocolo://nombre DNS/nombre del archivo*[481]. El protocolo indica el lenguaje informático requerido para acceder a la información del enlace, el nombre DNS refleja el nombre de dominio asociado a la dirección IP donde se encuentra el recurso[482], y el nombre del archivo identifica dicho recurso. Al teclear o hacer clic en un hipervínculo, el usuario le está dando al programa correspondiente la dirección del punto exacto de Internet donde acceder a la información que le interesa.

Los enlaces constituyen uno de los elementos característicos y fundamentales de la red de redes. Atendiendo al protocolo empleado es posible distinguir entre diversos tipos. Podemos hablar, en primer lugar, de enlaces FTP (*File Transfer Protocol*), que permiten la transferencia genérica de archivos[483], y de enlaces web, que son aquellos que emplean HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*), el

---

479 Sentencia núm. 144/2013 del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 4 de marzo. Fundamento de Derecho Tercero, párrafo C.

480 J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 159.

481 A. S. TANENBAUM, *Modern Operating Systems*. 3rd edition. New Jersey, Pearson, 2009, pág. 588.

482 De acuerdo con el sistema DNS (*Domain Name System*) las direcciones IP se asocian a un determinado nombre de dominio, por ejemplo, la dirección 193.5.93.80 se corresponde con <*http://www.wipo.int*>. A. S. TANENBAUM, *Modern Operating Systems*, *op. cit.*, pág. 587.

483 Empleado para la transmisión genérica de archivos. Véase A. S. TANENBAUM, *Modern Operating Systems*, *op. cit.*, págs. 41 o 48.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

protocolo básico de Internet[484]. Cuando hacemos clic en uno de los primeros, el navegador establece conexión con el servidor en el que se encuentra alojado el recurso para iniciar su transferencia, mientras que, al hacer clic en los segundos, el navegador instalado en nuestro equipo abre el recurso enlazado en la localización en que se encuentre. Los hipervínculos *torrent* son un tipo específico de enlaces web, pues hacen uso del protocolo HTTP para indicar a la aplicación BitTorrent el lugar donde se encuentra el *tracker* que gestiona la conexión en red en la que se está intercambiando el recurso que nos interesa[485].

En segundo lugar, con relación al intercambio de archivos a través de redes P2P, debemos destacar la existencia de enlaces eD2k y enlaces *magnet*, que hacen uso, respectivamente, del protocolo MFTP (*Multisource File Transfer Protocol*) y del protocolo *magnet*[486]. Al hacer clic en un enlace eD2k la aplicación P2P que tengamos instalada añadirá directamente el recurso a la cola de descarga para proceder a la misma haciendo uso de la red eDonkey. Por su parte, los enlaces *magnet* son un conjunto de instrucciones estándar que facilita la identificación de los hipervínculos P2P por el navegador, independientemente del protocolo que usen. Cualquier enlace eD2k o *torrent* puede ser escrito de acuerdo con este estándar, facilitando su reconocimiento y la máxima interoperabilidad entre navegador y aplicación P2P[487]. Al hacer clic en un enlace de este tipo se abre el programa correspondiente y se inicia el proceso de descarga de acuerdo con las características concretas de cada aplicación.

Jurídicamente, los hipervínculos se han clasificado en *simples* o de *superficie*, *ensamblados* y enlaces *profundos*. La doctrina ha entendido de manera pacífica que los *simples o de superficie* no infringen derecho de autor alguno cuando afectan a obras protegidas, en la medida en que mediante ellos sólo se pone a disposición de terceros una dirección electrónica para acceder a un sitio y a sus

---

484 W. STALLINGS, *Data and Computer Communications*, 8th edition. New Jersey, Pearson – Prentice Hall, 2009. Pág. 784.

485 Si bien atendiendo al protocolo empleado, los enlaces *torrent* son una variedad de enlaces HTTP o web, lo normal es referirse a ellos coloquialmente como enlaces P2P.

486 Véase <*http://magnet-uri.sourceforge.net/*>

487 Cfr. <*http://magnet-uri.sourceforge.net/magnet-draft-overview.txt*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

contenidos, mientras que, por el contrario, los enlaces *ensamblados* sí[488]. Este último tipo, junto con la creación de marcos o *framing*, constituyen dos técnicas habituales en el diseño y creación de páginas web. Sin duda, ambas pueden afectar a los derechos de un tercero cuando, sin la debida autorización, como sucede en el primer caso, se incluye una obra protegida localizada en otro sitio de Internet al sitio enlazante; y como sucede en el segundo, se incorpora una página web o elementos de ésta dentro del marco o *frame* del navegador mostrándose en pantalla como si fuese la enlazante, con el consiguiente riesgo de hacer pasar por propio el trabajo o la obra ajena, pudiendo verse también afectado el derecho de comunicación pública cuando, tal y como ha aclarado el TJUE, se insertan "*mediante la técnica del framing, en una página web de un tercero obras protegidas por derechos de autor que han sido puestas a disposición del público en otro sitio de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor si dicha inserción se produce eludiendo las medidas de protección*" adoptadas por ese titular para evitar precisamente el uso de marcos[489]. Las opiniones sobre los enlaces *profundos* han sido más controvertidas, principalmente porque se ha querido ver este tipo de enlaces como turbadores del orden de visionado previsto por el autor de la misma, asociándolos erróneamente con una disminución de la posible exposición a comunicaciones publicitarias insertadas en la página enlazada[490].

En el supuesto de los enlaces ensamblados y la creación de marcos, parece claro que el elemento crucial es la susceptibilidad de que el uso de elementos ajenos pueda menoscabar derechos de un

---

[488] I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W", PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 1, enero-abril (1999), págs. 71 a 73, y en *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 363 y 364, y 367 a 378; F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, *op. cit.*, págs. 177 a 180; J. I. VIDAL PORTABALES, *Sociedad de la Información y Empresa*, págs. 152 a 154, 156 a 160 y 163 a 164.

[489] STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, en el asunto C-392/19 entre *VG Bild-Kunst* y *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*. Párrafo 55.

[490] Entre otros J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 126 a 130; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.*, págs. 365 y 366; y J. I. VIDAL PORTABALES, *Sociedad de la Información y Empresa*, pág. 161.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tercero. En el caso de tratarse de obras protegidas y no contar con la debida autorización esto podrá dar lugar a responsabilidad civil de acuerdo con el derecho de autor, teniendo plena validez las excepciones existentes en forma de límites a los mismos[491], pudiendo verse afectados también las normas que regulan los derechos de propiedad industrial, los derechos de los consumidores y la competencia desleal[492].

En el supuesto de los hipervínculos de superficie y los enlaces profundos, uno de los elementos determinantes para enjuiciar su posible licitud es la naturaleza libre o de acceso condicionado del contenido al que remiten. Si el recurso al que direccionan no está protegido con ningún tipo de medida tecnológica y el acceso al mismo es libre, en la medida en que la navegación por Internet y la búsqueda de contenidos también lo es, entiendo que la creación de un hipervínculo a dicha información no tiene por qué requerir de autorización[493], independientemente de la localización de este dentro de la estructura del dominio o servidor en que se encuentre. Al no resultar decisivo que el recurso esté en la página principal de un sitio web o en una página interior, sino que lo relevante es su libre disponibilidad en Internet[494], no hay problema en entender que tanto los enlaces simples como los profundos a contenidos públicos son, en principio, legítimos, mientras que los que afecten a contenidos protegidos por medidas de control de acceso, no[495].

---

491 Véase J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, págs. 130 a 136 y 231 a 234.

492 *Vid.* M. E. CLEMENTE MEORO, en M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, *op. cit.*, págs. 109 a 112; y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, págs. 368 a 373.

493 En línea con la jurisprudencia alemana al respecto, principalmente, BGH, Urteil vom 17.07.2003, Aktenzeichen I ZR 259/00 y BGH, Urteil vom 29. April 2010, Aktenzeichen I ZR 39/08. Véase, M. LEISTNER, «The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search – A Topical Example of the "Limitations" of the European Approach to Exceptions and Limitations", IIC, volumen 42, número 4 (2011), pág. 417 y ss., en especial págs. 428 a 432.

494 Lo que se daría, por ejemplo, en el supuesto de un recurso que se encontrase dentro de una carpeta de acceso público asociada a un determinado dominio o página web de acceso restringido, y no se daría en el caso de que el acceso a dicha carpeta estuviese restringido sólo a usuarios debidamente registrados en la página web asociada a la misma.

495 M. E. CLEMENTE MEORO, en M. E. CLEMENTE MEORO Y S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, *op. cit.*, págs. 108 y 109. Esta posición también se impone con relación a los contenidos protegidos por el derecho de autor,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como es conocido, el TJUE ha venido desarrollando una sólida jurisprudencia en relación con los enlaces electrónicos a contenidos protegidos. Teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente técnica de los hipervínculos y que su papel es contribuir al buen funcionamiento de Internet y a facilitar la difusión de información a través de esta red de comunicaciones telemáticas, el punto de partida de la doctrina del TJUE es que el mero hecho de facilitar o publicar un enlace a un contenido protegido no supone la comisión de un acto no autorizado de comunicación al público[496], salvo que tenga lugar la elusión de algún tipo de medida tecnológica, que el contenido enlazado no sea de acceso libre a todos los usuarios de Internet[497] o que el responsable de facilitar el enlace tenga conocimiento efectivo o presumible de que el contenido enlazado es ilícito[498]. Esta interpretación jurisprudencial recae en el contexto especifico de hipervínculos que redirigen a obras protegidas y no es aplicable, por ejemplo, a "*la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente, sin medidas restrictivas que impidan su descarga y con la autorización del titular del derecho de autor, en otro sitio de Internet.*"[499]

Volviendo a los enlaces P2P, éstos son, por tanto, una variedad de hipervínculos que contienen instrucciones para que una aplicación

---

como indica P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, págs. 723 y 724, citando a la jurisprudencia más relevante en este sentido.

[496] Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, en el Asunto C-466/12, en el procedimiento entre *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd* y *Retriever Sverige AB*; sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2016, en el Asunto C-160/15, en el procedimiento entre *GS Media BV* y *Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*; y sentencia del TJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2021, en el asunto C-392/19, en el procedimiento entre *VG Bild-Kunst* y *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*.

[497] Auto del TJUE (Sala Novena), de 21 de octubre de 2014, en el Asunto C□348/13, BestWater International. Diario Oficial de la Unión Europea, C 325, de 9 de noviembre de 2013; y sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2016, en el Asunto C-160/15, en el procedimiento entre *GS Media BV* y *Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

[498] Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2016, en el Asunto C-160/15, en el procedimiento entre *GS Media BV* y *Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

[499] Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-161/17, en el procedimiento entre *Land Nordrhein-Westfalen* y *Dirk Renckhoff*. Párrafo 47.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

P2P pueda acceder a un determinado recurso disponible en una red de esta naturaleza, bien direccionando directamente hacia ellos, como en el caso de los enlaces eD2k o los *magnet*, bien redireccionando hacía un dispositivo que se encarga de gestionar su intercambio, como en el caso de los enlaces *torrent*. Constituyen a mi juicio, un tipo especial de hipervínculos, que comparten con éstos el constituir herramientas propias de Internet y de la transmisión de información a través de redes digitales[500].

Sin embargo, existe un elemento crucial que distingue a algunos tipos de enlaces P2P de los hipervínculos, digamos, "normales": en algunos casos, *la única vía de acceder al recurso disponible es el empleo del enlace P2P*, a diferencia de los hipervínculos web, donde siempre el recurso puede ser accesible por otros medios, como, por ejemplo, un buscador como Google, si bien de manera más o menos engorrosa. La labor del hipervínculo, en general, es facilitar el acceso a un recurso, ahora bien, cuando el recurso no está disponible de ninguna otra manera, el enlace, como sucede en algún tipo de hipervínculos P2P, constituye *la única puerta de acceso al mismo*. Jurídicamente, la consideración que debemos darle a uno y otro es muy distinta.

Un enlace eD2k, por ejemplo, dirige a un recurso disponible a través de la red eDonkey. Si el usuario no dispone de dicho enlace, que simplemente le indica a la aplicación P2P la localización del recurso en dicha red, incorporándolo a la cola de descarga e iniciando la misma, puede emplear el sistema de búsqueda existente en la correspondiente aplicación para localizarlo. El funcionamiento, como vemos, es similar al que tendría que realizar quien quisiese localizar un determinado documento oficial de la OMPI y no dispusiese de un hipervínculo que le facilitase el trabajo. La única diferencia es que el ámbito de la búsqueda de la información se ceñiría a la red o redes a las que se conecta la aplicación P2P.

Esto no sucede de la misma manera en el caso de los enlaces *torrent* y los enlaces *magnet*. En el primer supuesto es prácticamente imposible que el usuario se incorpore a la conexión en red donde se

[500] Disentimos de este modo con la opinión de J. F. ORTEGA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 136, para quien los enlaces P2P son instrumentos ajenos al ámbito de Internet.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

está compartiendo un recurso de su interés sino hace clic en el mismo. Es imprescindible que su aplicación BitTorrent conozca a través de la información incrustada en el enlace *torrent* la localización del *tracker* que gestiona la descarga, pues es éste quien gestiona la misma y regula tanto la incorporación de nuevos pares como la participación de los que ya se encuentran compartiendo el recurso en cuestión.

Como explicamos a la hora de analizar el desarrollo del último modelo de aplicaciones P2P, es probable que, en un futuro, la gestión de los *torrents* y el ingreso de nuevos pares descanse completamente en los participantes y no en los *trackers*, quizás también sin tener que hacer uso de enlaces que indiquen la dirección de éstos. Sin embargo y hasta que ese momento no llegue, no es posible acceder al contenido que se comparte en un *torrent* a través de otros medios alternativos. En el caso de los enlaces *magnet*, sucederá lo mismo cuando el enlace escrito de acuerdo con este estándar sea de tipo *torrent* pero no cuando se trate de un hipervínculo eDk2. Como explicamos, el empleo del protocolo *magnet* tiene por objeto facilitar la interacción entre navegadores y aplicaciones P2P, eliminando errores de comunicación que impidan el correcto acceso a la información contenida en los hipervínculos P2P. El funcionamiento del hipervínculo cifrado o escrito en protocolo *magnet* no se ve alterado por ello.

La regla de exclusión prevista en el artículo 17 LSSI para aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces o incluyan entre los resultados de un servicio de búsqueda, hipervínculos a contenidos ilícitos o que lesionen derechos de terceros susceptibles de indemnización, no hace distinción alguna, por lo que, en principio, opera del mismo modo para todo tipo de enlaces, lo cual incluye a los enlaces P2P. En consecuencia si el prestador de servicios o aquel que, como vimos, ofrece regularmente este tipo de servicios a pesar de no constituir actividad económica, no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información a la que remiten los enlaces P2P o, si teniéndolo, actúa con diligencia para suprimirlos o inutilizarlos, no hay inconveniente en que se pueda beneficiar de dicha exención, bien directamente, bien por analogía, siempre y cuando el proveedor de contenidos al que se

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

enlace o cuya localización se facilite no esté bajo la dirección, autoridad o control de aquel[501].

5.8. EL CÓDIGO PENAL.

Dedica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP)[502], en su Sección 1 de su Capítulo XII, a tratar los delitos relativos a la propiedad intelectual en nuestro país, siendo la última revisión en vigor de esta norma, a la hora de redactar este trabajo, la vigente desde el 3 septiembre de 2021.

Tres son los artículos consagrados a la tutela penal del derecho de autor y derechos afines, el 270, el 271 y el 272 CP. El primero de ellos es el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, el cual sanciona la realización de las tradicionales acciones típicas de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública no autorizadas. La Ley Orgánica 10/1995[503] introdujo en este artículo 270.1 el elemento subjetivo del ánimo de lucro y su aplicación a determinadas conductas novedosas propias de la Sociedad de la Información, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003[504], cerró en la práctica la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los usuarios de redes P2P, merced al establecimiento en Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado[505], como criterio de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal, que

> "las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de «colocar en la Red o bajar de Internet» o las de intercambio de archivos través del sistema

---

501 Sobre el concepto de actuar bajo dirección, autoridad o control, veáse S. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *op. cit.*, pág. 35 a 39.

502 Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

503 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

504 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

505 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley Orgánica 15/2003.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> «P2P», sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro *comercial.*"[506]

La interpretación de la Fiscalía General del Estado era clara: en aras del principio de intervención mínima que rige en derecho penal, de *ultima ratio*, se excluyen de este ámbito "*las conductas que si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, dicha lesión resulta ser de menor entidad, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracción más grave de los mismos, a los efectos de evitar un solapamiento de los ámbitos civil y penal de protección.*"[507]

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[508], afectaría sustantivamente a los artículos 270 y 271 CP. Destaca GARCÍA RIVAS el giro que, tras el primer Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012, tuvo lugar con la emisión del Informe del Consejo Fiscal, fechado el 8 de enero de 2013, que "*apuntaba la necesidad de ampliar el espectro de conductas punibles e incluir, al menos la «facilitación de acceso» a las obras mediante enlaces de Internet, para acabar de una vez con la controversia doctrinal en torno a su punición*"[509], la cual, como veremos, acabaría plasmándose en la versión final aprobada en el Congreso de los Diputados.

El tipo básico del artículo 270.1 CP se vería redefinido en el sentido de comprender ya no solo el conjunto tradicional de acciones

---

[506] Página 16, segundo párrafo. Énfasis propio, para indicar que el mero ahorro de costes o la obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial no equivale, conforme a esta Doctrina de la Fiscalía General del Estado, al ánimo de lucro requerido en el tipo básico de delito contra la propiedad intelectual. Véase la página 15, párrafo sexto.

[507] Página 15, párrafo quinto, de la Circular comentada.

[508] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

[509] N. GARCÍA RIVAS, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 4ª edición, pág. 2432.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

típicas, sino *cualquier forma de explotación económica de derechos*, castigándose con pena de prisión y multa

> "a quien, *con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto* y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente *o de cualquier otro modo explote económicamente*, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio".[510]

La inclusión del elemento subjetivo del ánimo de obtener, directa *o indirectamente*, un rendimiento económico supuso extender el tipo básico a conductas que, hasta entonces, "*se consideraban excluidas por no colmar las exigencias del ánimo de lucro, entre ellas, las formas indirectas de conseguir ingresos económicos*"[511]. Ahora bien, en lo que a los usuarios particulares se refiere, particularmente a aquellos participantes en el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P, su situación no variaba significativamente respecto a la anterior, pues la realización de alguna de las conductas típicas sólo generará respuesta penal

> "cuando la acción se realice a través de una conducta cuyo fin sea la explotación de obras y prestaciones en orden a obtener beneficios económicos [...]; es decir, cuando el sujeto actúe con ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso [...] *ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación*, y obtenida a escala comercial [por lo que] *el mero aprovechamiento del acceso a un contenido protegido, eludiendo el abono de la prestación exigible, quedará al margen de los tipos penales*."[512]

---

510 Énfasis propio.

511 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la Sociedad de la Información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Página 9, primer párrafo.

512 *Ibidem*, párrafos cuarto, quinto y sexto. Énfasis y entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 permitiría, sin duda, castigar los actos más relevantes que tienen lugar en el entorno *online*, como son las emisiones de contenidos protegidos y la administración de sitios o páginas web que indexen hipervínculos a contenidos protegidos disponibles en Internet, en redes P2P o en cualquier otra red informática, toda vez que se constate el ánimo de obtener un beneficio económico de cualquier tipo, pero el legislador optó por incorporar en el número segundo del 270 CP, una figura delictiva destinada a sancionar específicamente a quienes facilitan el acceso o la localización de obras protegidas en Internet[513]. De este modo, el 270.2 CP impone la misma pena prevista en el número anterior a quien, en la prestación de servicios de la Sociedad de la Información,

> "facilite *de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico*, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, *en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios*."[514]

La redacción coincide con el literal existente actualmente en el artículo 195.2.b) TRLPI, la cual determina quienes son los sujetos pasivos del procedimiento de restablecimiento de la legalidad encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, para la salvaguarda de los derechos en el entorno digital.

La razón de ello hay que buscarla en la voluntad de coordinar en paralelo la reforma del Código Penal que fructificaría en la Ley Orgánica 1/2015, con los trabajos ya en marcha de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, que se sustanciaría en Ley 21/2014[515], lo

---

513 Cfr. N. GARCÍA RIVAS, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 2443 y 2444.

514 Énfasis propio.

515 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cual reclamó el Consejo de Estado, en su dictamen de 27 de junio de 2013[516], pues

> "no todas las páginas web de enlaces atentan contra la propiedad intelectual y, por tanto, en su caso y en coherencia con el texto del anteproyecto que en materia de propiedad intelectual se está tramitando, no debería penalizarse sin más por el mero hecho de enlazar a otros sitios web, sino que deberían limitarse los tipos penales a la sanción de aquellas conductas cuya "principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización"."[517]

En opinión de GARCÍA RIVAS, con la aprobación del 270.2 CP, el legislador "*traslada al ámbito penal la solución a un problema que parece incapaz de resolver en un ámbito de menor aflicción punitiva como el sancionador administrativo*"[518]. Si esto se ha llegado a alcanzar o no, es algo que estaremos en posición de poder dar una opinión fundamentada, tras el examen de las decisiones judiciales más relevantes, tanto en el orden penal como en el civil, el cual abordaremos en el siguiente epígrafe del presente Capítulo.

A continuación, el apartado tercero del artículo 270 CP, faculta y establece que el juez penal, podrá adoptar diversas medidas cautelares a los efectos de conseguir la retirada de las obras o prestaciones objeto de infracción y, en relación a los prestadores de servicios de acceso "*se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual*", así como, de manera excepcional, "*cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.*"

---

la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

516 Número de expediente: 358/2013.

517 Consideración Vigésimoquinta, Letra J), párrafo séptimo.

518 N. GARCÍA RIVAS, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 2445.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por último, concluimos este somero repaso de los delitos relativos a la propiedad intelectual con una breve mención al subtipo agravado del artículo 271 CP que faculta la aplicación de penas superiores de prisión, multa e inhabilitación especial, cuando se cometa alguno de los hechos delictivos recogidos en el artículo 270 y concurran determinadas circunstancias especiales entre las que nosotros destacamos, (a) la especial transcendencia económica del beneficio potencial o efectivamente obtenido; (b) la especial gravedad del delito cometido, ya sea en función de su valor económico, de la cantidad de obras afectadas o actos realizados, o de los perjuicios causados; y (c) la pertenencia, aún transitoria, a una asociación que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

5.9. RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES SOBRE EL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE REDES P2P.

Tras haber analizado desde una perspectiva histórica el tratamiento judicial del intercambio de archivos en el plano internacional en el Capítulo Cuarto, debemos ahora proceder, cuanto menos someramente, a la revisión de las decisiones más importantes dictadas en España, primero en vía penal y más tarde en la jurisdicción civil, así como algunas de las resoluciones dictadas en sede administrativa, relativas a solicitudes presentadas por vulneración de derechos de propiedad intelectual en Internet ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura[519].

Circunscribiremos nuestro ámbito de estudio a tres áreas concretas —las cuales, por razones de sistemática y claridad expositiva, puede que no sigamos siempre en el orden aquí enunciado—, y que son las siguientes: (a) el de las sentencias dictadas

---

519 No podemos dejar de destacar la gran ayuda que supone, para cualquier estudioso en esta materia, el blog de una autoridad como M. PEGUERA POCH, *Responsabilidad en Internet*, disponible en: <*http://responsabilidadinternet.wordpress.com/*>, al cual hemos acudido profusamente en la elaboración de nuestro análisis. En él se van recopilando las resoluciones más importantes dictadas por nuestros tribunales en materia de responsabilidad de proveedores de servicios de la sociedad de la información, al tiempo que se analizan con rigor los aspectos jurídicamente relevantes de las mismas. Para una relación mucho más completa y exhaustiva de casos, recomendamos la visita al blog del Profesor PEGUERA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en relación a las actividades de quienes producen, distribuyen o usan algún *software* P2P cuya finalidad sea el intercambio de archivos, las cuales siguen o se corresponden con alguno de los tres modelos analizados en el Capítulo Segundo de este trabajo; (b) aquellas resoluciones relevantes que afecten a quienes gestionan o administran sitios o páginas que indexan enlaces P2P pues, tal y como avanzamos en nuestra exposición sobre el régimen de responsabilidad establecido en la LSSI para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, los hipervínculos P2P juegan un papel crucial en el funcionamiento de este tipo de aplicaciones de intercambio de archivos y, poco a poco, ello ha ido generando una mayor producción jurisprudencial de resoluciones referida a ellas; y, por último, (c) los fallos dictados en procedimientos dirigidos a dirimir la responsabilidad civil de quien, a título individual, pone a disposición o comparte una obra protegida por el derecho de autor a través de una red P2P.

5.9.1. Jurisdicción penal.

5.9.1.1. Decisiones anteriores a la Ley Orgánica 1/2015.

Con anterioridad a la profunda reforma que trajo la Ley Orgánica 1/2015[520], dos eran las principales líneas jurisprudenciales existentes con relación a los *trackers* y sitios web que facilitaban enlaces P2P que permitían compartir archivos conteniendo obras protegidas por el derecho de autor pues, como explica DE MIGUEL ASENSIO, en la práctica española

> "las acciones ejercitadas por titulares de derechos frente a la pretendida infracción de los mismos a través de redes P2P han estado en su mayor parte dirigidas contra los titulares de sitios intermedios con enlaces que hacen posible que los usuarios del sistema de intercambio puedan localizar los archivos con los

[520] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios del sistema."[521]

La primera posición mantenida por los Juzgados de Instrucción era la de acordar el sobreseimiento y archivo de los procedimientos iniciados contra los responsables de las páginas que facilitaban dichos enlaces P2P a través de Internet, en base a considerar que tales conductas no reunían los requisitos del tipo punitivo de delito contra la propiedad intelectual que exigía en aquél entonces el artículo 270 del Código Penal[522]. Así sucedió, por ejemplo, en los coloquialmente denominados caso Sharemula[523], caso eMule24horas[524], caso Naiadadonkey[525], caso CVCDGO[526], caso CineGratis[527], caso eDonkeyMania[528], caso Etmusica/Elitemula[529], caso Estrenosdivx[530],

---

521 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, *op. cit.*, pág. 685.

522 De manera análoga a la mantenida en aquellos momentos respecto de la provisión de hipervínculos, en general, a páginas webs de terceros, como por ejemplo, en los casos Ajoderse.com —Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, DP 827/02-C, de 7 de marzo de 2003—, TodoCaratulas —Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona, PA 161/2005, de 8 de septiembre de 2005 y Sentencia 8/2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª), de 22 de diciembre—, TVMix —Auto del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid, DP 5952/2005, de 5 de mayo de 2008 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª), núm. 3975/08, de 3 de noviembre de 2008—, CineTube —Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz, DP 2710/2009, de 21 de octubre de 2009—, Google II —Sentencia 95/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 19 de febrero—, y ZackyFiles —Sentencia 334/2010 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Zaragoza, de 20 de octubre y Sentencia 73/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª), de 16 de febrero—.

523 Auto 582/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 11 de septiembre.

524 Auto 463/2009 de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª), de 15 de octubre.

525 Auto 161/2010 de la Audiencia Provincial de Alicante, (Sección 2ª), de 18 de febrero.

526 Auto 554/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), de 11 de mayo.

527 Auto 214/2010 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), de 8 de junio.

528 Auto 179/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 15 de marzo.

529 Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª), DP 1571/2007, de 1 de septiembre de 2010, al cual precedieron dos más en vía civil por parte del Juzgado Mercantil de Huelva, revocando medidas de aseguramiento de prueba y cautelares adoptadas inaudita parte, así como sancionando a la demandante por mala fe procesal. Véase comentario en M. PEGUERA POCH, *Medidas cautelares en procedimientos civiles contra webs de enlaces*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 9 de diciembre de 2009. Disponible en: *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/12/09/medidas-cautelares-civil/>*

530 Auto 22/2013 de la Audiencia Provincial de A Coruña, Secc. 1ª, de 8 de enero.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

caso Spanishare[531], caso Indicedonkey[532], caso Mejortorrent[533] y caso Cuádruple[534].

La tónica general de esta primera línea jurisprudencial seguida por nuestros tribunales era la de entender que la actividad de facilitar enlaces P2P no se correspondía con los actos de reproducción, comunicación pública o distribución prohibidos en la redacción del artículo 270.1 CP entonces en vigor, para quien realizase los mismos con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, sin contar con la debida autorización del titular de los mismos, por lo que, atendiendo bien al principio de intervención mínima del derecho penal[535], bien al principio de tipicidad del artículo 4.1 CP[536], no cabía otra decisión que el archivo de la causa o la libre absolución al considerar que la conducta imputada no había sido objeto de tipificación expresa por el legislador[537].

No concurriendo alguno de los elementos objetivos del tipo delictivo vigente —reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente—, los tribunales no entraban a analizar si se daba alguno de los elementos subjetivos del tipo —ánimo de lucro y perjuicio de tercero—, pues si no concurrían los primeros era indiferente que se diesen los segundos, si bien, muchas de las resoluciones y autos de esta primera línea jurisprudencial contienen valoraciones al respecto.

Se defendía, en suma, por los tribunales abonados a esta primera línea doctrinal, la no equivalencia entre facilitar enlaces P2P y realizar actos de reproducción, plagio, distribución y, particularmente, de

---

531 Auto 202/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de 8 de marzo.

532 En el cual, tras haberse decretado en tres ocasiones el sobreseimiento provisional por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid —autos de 19 de marzo de 2008, de 31 de octubre de 2008 y de 2 de marzo de 2010—, la petición no fue estimada hasta el Auto 159/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, de 10 de marzo.

533 Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, DP 3169/2012, de 2 de diciembre de 2013.

534 Auto 67/2014 de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, de 20 de enero.

535 Éste entendemos que es el argumento principal de las Audiencias Provinciales de Huelva en el caso Etmusica/Elitemula y de la de Madrid (Sección 2ª), en el caso Spanishare.

536 Como hizo la Audiencia Provincial de Cantabria en 2010 para confirmar el sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción en el caso CineGratis.

537 Así ha sucedido en los casos Sharemula, eMule24horas, Naiadadonkey, CVCDGO, CineGratis, IndiceDonkey, eDonkeyMania y Estrenosdivx.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

comunicación pública. Con relación a esta última actividad, se argumentaba que quien técnicamente comunicaba la obra no era el usuario que la ponía a disposición de otros usuarios, no pudiendo equipararse el acto de alojar un enlace P2P con el de alojar un archivo conteniendo una obra protegida[538]. Ofrecer hipervínculos favorece de algún modo esta comunicación pública, al facilitar el acceso a dichos contenidos, sin embargo, el mero favorecimiento no se encontraba expresamente tipificado en el artículo 270.1 CP[539]. A lo sumo, podría hablarse de cooperación necesaria para desarrollar una actividad entre particulares que no era delictiva con lo que, desde esta perspectiva, tampoco dicha conducta podía serlo[540]. Incluso en el caso de que algún enlace proporcionado en las páginas web conectase con un servidor que, a su vez, contuviese la totalidad del archivo concreto solicitado, sólo podría entenderse cometido el delito por el titular de la web si el mismo actuase en connivencia con tal servidor, y además en calidad de partícipe[541].

Una segunda corriente judicial prefirió que fuese en fase de juicio oral en donde se dilucidase la tipicidad o no de las conductas objeto de denuncia, mediante la práctica de la correspondiente prueba, optando en cierto modo por evitar premuras a la hora de valorar determinadas conductas, en aquel entonces, novedosas y no exentas de cierto grado de complejidad técnica-informática. Como explica

---

538 Caso eDonkeyMania. Auto 179/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 15 de marzo, Fundamento de Derecho Primero, letra a).

539 Caso CineGratis. Auto 214/2010 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), de 8 de junio, Fundamento de Derecho Segundo. También caso Mejortorrent, cfr. D. BRAVO, *Se confirma el sobreseimiento de web de enlaces por no ser delictiva su actividad.* 5 de diciembre de 2013. <*https://davidbravo.es/sentencias/se-confirma-el-sobreseimiento-de-web-de-enlaces-por-no-ser-delictiva-su-actividad-78.html*>; y caso Cuádruple, Auto 67/2014 de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, de 20 de enero. Razonamiento Jurídico Segundo.

540 Caso CVCDGO. Auto 554/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), de 11 de mayo, Fundamento de Derecho Primero.

541 Teoría que se afirmaba en la primera instancia del conocido como caso FenixP2P, concretamente en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia 49/2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barakaldo, de 11 de febrero, que absolvía inicialmente a los demandados y que, a la postre, sería revertida tal y como explicaremos un poco más adelante, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, (Sección 1ª), el 27 de septiembre de 2011, condenando finalmente a los acusados.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PEGUERA POCH[542], esta segunda alternativa comenzó a ganar relevancia durante el año 2009, al desviarse varias Audiencias Provinciales, a lo largo de un período de tiempo relativamente breve, de la postura de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Sharemula[543], argumento basal de la primera corriente jurisprudencial que acabamos de explicar. Así, optaron por no dictar de entrada el sobreseimiento libre de los procedimientos contra páginas enlazadoras o indexadoras de enlaces P2P, la Audiencia de Murcia, el 16 de septiembre, en relación a EliteDivx[544]; la de Álava, de 30 de septiembre, en el caso Infektor[545]; y la de Barcelona, de 11 de noviembre, respecto del denominado caso P2PRip[546]; apreciando todas ellas como elemento común, la existencia de indicios de delito que aconsejaban seguir el procedimiento en los tres casos, los cuales, como veremos en breve, acabaron decidiéndose de manera diferente todos ellos.

Fruto de la prudencia que define esta segunda tendencia fue, por ejemplo, que la decisión inicial de sobreseimiento del denominado caso TodoTorrente fuese dejada sin efecto de manera rotunda por la Audiencia Provincial de Alicante[547], al percibir indicios de actos punibles de comunicación pública de obras protegidas mediante el uso de la tecnología P2P (elemento objetivo) y la existencia potencial de ánimo de lucro (elemento subjetivo), ninguno apreciado por el juez de primera instancia, por lo que decretó que continuase el procedimiento

---

542 Véase M. PEGUERA POCH, *La Audiencia de Barcelona se aparta de la doctrina Sharemula (caso Ps2rip.net)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 14 de noviembre de 2009. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/11/14/ps2rip/>*

543 Auto 582/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de 11 de septiembre.

544 Auto 201/2009 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 16 de septiembre.

545 Auto 363/2009 de la Audiencia Provincial de Álava, Secc. 2ª, de 30 de septiembre.

546 Auto 732/2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 11 de noviembre.

547 Tras auto absolutorio del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Orihuela, DP 248/2007, de 17 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial de Alicante en Elche (Sección 7ª), mediante auto 551/2010, de 20 de septiembre, revoca el sobreseimiento y ordena que continúe la instrucción. Véase comentario en M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, nº 42, septiembre – diciembre 2012, págs. 56 y 57.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

penal, así como las diligencias de instrucción solicitadas por las partes apelantes, para el completo esclarecimiento de los hechos objeto de investigación. En estos momentos y hasta donde conoce quien esto subscribe, no parece que haya concluido aún la fase de instrucción del caso.

En el seno de esta segunda línea jurisprudencial y en lo que respecta exclusivamente a la provisión de enlaces relacionados con el empleo de programas P2P de intercambio de archivos, se han dictado, obviamente, sentencias absolutorias y condenatorias, cuyas características generales intentaremos desgranar a continuación, en la medida de lo posible.

Comenzando por las decisiones que declararon finalmente la no responsabilidad de los acusados respecto de los hechos objeto de investigación hemos de mencionar, cuanto menos, las pronunciadas en los casos P2PRip[548], EliteDivx[549] y Zonaemule[550].

En el caso P2PRip, se declaraba la absolución, por un lado, por no considerarse los hechos constitutivos de ilícito penal atendiendo al Código Penal vigente en el 2005, momento de la comisión de los mismos[551], por no realizar los acusados directamente actos de comunicación pública, sino permitir que los que efectuaban terceros tuviesen mayor difusión, facilitándola o promoviéndola al incluir en sus páginas web hipervínculos y enlaces a sitios ajenos desde los que sí se podían descargar obras protegidas; respecto del elemento subjetivo, pese a ser ya indiferente su existencia, no resultó acreditado en el procedimiento que los acusados efectuasen movidos por ánimo

---

548 Sentencia 59/2013 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sabadell, de 16 de octubre.

549 Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena, DP 665/2007, de 17 de abril de 2008. Sobreseimiento revocado por el auto 201/2009 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), de 16 de septiembre. Sobre esta primera parte del asunto véase comentario de M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces…», *op. cit.*, págs. 51 a 54. Las actuaciones penales concluyeron con la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, número 222/2019, de 21 de junio y, tras interposición de recurso de apelación en tiempo y forma por parte de las denunciantes y el Ministerio Fiscal, nueva absolutoria por vía de la Sentencia 55/2021 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª), de 26 de febrero.

550 Sentencia 856/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 5ª), de 22 de diciembre.

551 Sentencia 59/2013 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sabadell, de 16 de octubre. Fundamento de Derecho Segundo, párrafos primero a quinto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de lucro ni que, a la vista de la pruebas aportadas, pudiesen llegar a ser considerados cooperadores necesarios o cómplices[552].

En el caso EliteDivx, la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 26 de febrero de 2021, *no confirma* la conclusión de la juzgadora de instancia de que la conducta declarada probada y consistente en administrar páginas de enlaces P2P no era constitutiva de infracción penal en el momento de realización de los hechos juzgados, sino hasta la reforma operada en el artículo 270 CP por la Ley Orgánica 1/2015, por lo que, en virtud del principio de legalidad y de taxatividad de los tipos penales, dicha conducta era atípica al no poderse realizar la subsunción en el artículo 270.1 CP en su redacción vigente a la fecha de la comisión de los hechos[553]. *Tampoco comparte* que el único beneficio obtenido por los acusados fuese indirecto y afirma la Audiencia que *no tiene duda* de que el ánimo de lucro presidiese las actuaciones de los acusados[554]. Sin embargo, *confirma el pronunciamiento absolutorio* sobre la base de la valoración de las pruebas personales practicadas, en el sentido de haber quedado acreditado en primera instancia "*la ausencia del dolo como elemento subjetivo del tipo penal, ausencia que sustenta en la apreciación de un error de prohibición sin que la apreciación probatoria realizada en la instancia resulte irracional, ilógica o arbitraria*" y

> "aún estimando la Sala la tipicidad de la conducta desde el prisma del elemento objetivo y normativo del tipo penal, no resulta posible modificar el hecho probado [...] relativo a la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta ("no existe constancia de que tuvieran conocimiento del origen ilícito de la información a la que remitían ni que la misma lesione derecho alguno. No existe constancia en la causa de que ninguno de los acusados conociera la ilicitud de la actividad desarrollada por la página")."[555]

---

552 *Ibidem*, párrafos siete a diez.

553 Sentencia 55/2021 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª), de 26 de febrero. Fundamento Jurídico Tercero, párrafo dos.

554 Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos cuatro y siete.

555 Fundamento Jurídico Quinto, párrafos diez y once.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como nota relevante de la opinión vertida por la Audiencia Provincial debemos señalar que creemos que yerra al afirmar que "*en la medida que a través de las páginas con enlaces al P2P se pone a disposición de los usuarios de Internet los medios necesarios para la obtención de obras sujetas a derechos de Propiedad Intelectual, sin autorización de sus titulares, las conductas que se realizan a través de las redes P2P tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal*"[556], incongruencia que acertadamente puso de relieve PEGUERA POCH, pues la conducta que se enjuiciaba era la tipicidad de la provisión de enlaces, no las conductas que se llevaban a cabo por los usuarios de las redes P2P[557], y que son en las que se basa la Audiencia para afirmar que la actividad de proporcionar enlaces P2P podría encajar en aquel entonces en el elemento objetivo del tipo del artículo 270.1.

En el conocido como caso Zonaemule, tras estimar la Sección Tercera de la Audiencia de Valencia en 2014[558] la apelación contra el sobreseimiento dictado en primera instancia[559], finalmente confirma su Sección Quinta[560] la sentencia absolutoria dictada en 2015[561]. Pese a quedar acreditado que una parte de los enlaces P2P que se publicaban en página titularidad del acusado, no eran proporcionados por usuarios o colaboradores, sino por el propio acusado que publicaba él mismo enlaces "*obtenidos de otras páginas de aquellas obras más actuales (estrenos) o demandadas*" y que "*obtenía un beneficio económico con la gestión de esta página web consistente en los ingresos que generaba por la inserción de publicidad*" y enlaces a

---

556 Auto 201/2009 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), de 16 de septiembre. Razonamiento Jurídico Segundo, tercer párrafo.

557 M. PEGUERA POCH, *La Audiencia deja sin efecto el sobreseimiento libre del caso elitedivx*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 26 de septiembre de 2009. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/09/26/a-apm-elitedivx/>*

558 Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 3ª), de 25 de marzo de 2014.

559 Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mislata, de 18 de noviembre de 2013, PA nº 21/2011.

560 Sentencia 856/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, de 22 de diciembre.

561 Sentencia 378/2015 del Juzgado de lo Penal nº 12 de Valencia, de 16 de septiembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

servicios comerciales[562], la Audiencia llega a la conclusión de que, teniendo en cuenta

> "en primer lugar, la doctrina constitucional que impide que un Tribunal de apelación pueda condenar a quien fue absuelto en la instancia sin ser oído, a lo que se añaden las dudas sobre la tipicidad de la conducta [*no se ha generado prueba indudable de que el acusado supiese que los contenidos a los que facilita acceso son ilícitos o una previa resolución que en este caso no se ha producido*], atendida la jurisprudencia contradictoria al respecto y la modificación operada en el Código penal [*por la Ley Orgánica 1/2015*], que no puede ser objeto de aplicación retroactiva, estimamos que no procede la revocación de la resolución impugnada, que absuelve al acusado del delito contra la propiedad intelectual que el era imputado, por lo que los recursos se desestiman [...]."[563]

Obsérvese que las referencias explícitas que en las sentencias absolutorias de los casos EliteDivx y Zonaemule se hace de la ausencia de conocimiento de la ilicitud o carácter lesivo de la facilitación de enlaces P2P a obras protegidas por parte de los administradores de las páginas web objeto de autos, es a los efectos establecidos en artículo 17 de la ya comentada Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI), que, como sabemos, permiten que éstos puedan ver excluida una eventual responsabilidad derivada de facilitar enlaces a contenidos ilícitos o que lesionen derechos de terceros susceptibles de indemnización, siempre y cuando no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información a la que remiten, o, si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar los enlaces correspondientes. Ahora bien, no hay que olvidar lo ya apuntado en el apartado correspondiente anterior, en el sentido de que quien no reúna los requisitos para disfrutar de la exención prevista el 17 LSSI, sólo será responsable de dichos actos de facilitación o promoción de infracción de derechos por compartir enlaces P2P, sí existe una norma

562 *Ibidem*. Hechos Probados. Único. Párrafos quinto y sexto.

563 Sentencia 856/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2015. Fundamento de Derecho Primero, *in fine*. Entre corchetes y añadido resaltado propios.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

penal que así lo establezca, lo cual, en ninguno de los dos casos indicados, los juzgadores manifiestan ser capaces de hallar.

Pasando ahora a analizar las sentencias condenatorias, hay que mencionar en primer lugar las dictadas *de conformidad* en los casos InfoPSP[564] e Infektor[565], en virtud de las cuales fueron condenados los acusados como autores de delitos contra la propiedad intelectual con imposición de penas reducidas de prisión y multa por ofrecer enlaces P2P a contenidos protegidos por el derecho de autor, debiendo satisfacer las pertinentes costas y la responsabilidad civil derivada de la comisión de los mismos, pero que poco podemos extraer de ellas.

No mucha más sustancia aportan al investigador las resoluciones en los asuntos penales coloquialmente conocidos como FenixP2P[566] y Babajatetodo[567], ambas condenatorias pues, en el fondo, tal y como se explicará, manifiestan directamente la licitud de los enlaces P2P y acaban condenando en virtud de la realización de otros tipos diferentes de procesos técnicos. Así, en la primera de ellas, la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial de Vizcaya, partiendo de un relato de hechos no incluido en primera instancia y por momentos contradictorio, cuando no simplemente ininteligible desde el punto de vista técnico de la actividad desarrollada por los acusados[568], es ciertamente alambicada y tras comenzar aclarando que no

---

564 Sentencia 308/2008 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño, de 25 de noviembre. Véase M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces…», *op. cit.*, págs. 59 a 60.

565 Sentencia 122/2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Vitoria, de 15 de abril. Véase M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces…», *op. cit.*, pág. 61.

566 Sentencia 530/2011 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre.

567 Sentencias 453/2013 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón, de 30 de octubre, condenatoria, y 426/2014 de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sección 1ª, de 12 de noviembre, ratificando la condena.

568 Véase crítica en M. PEGUERA POCH, *Análisis de la sentencia contra fenixp2p y mp3-es*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 24 de noviembre de 2011. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/11/24/analisis-de-la-sentencia-contra-fenixp2p-y-mp3-es/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> "sería ilícito si lo que hicieran los acusados fuera enlazar con la página p2p de intercambio privado de archivos. Si el enlace fuera a la página p2p los acusados estarían, dando acceso a una página cuya actividad no es ilícita, puesto que como ellos mismos han indicado, la actividad de compartir archivos no se ha considerado ilícita por les tribunales (desde el punto de vista del usuario que participa en el intercambio de archivos)"[569];

pero como lo que realmente hacen los acusados es

> "entrar en la página de intercambio de archivos [P2P] y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar"[570];

dicha actividad, respecto de los acusados,

> "*en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión*, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal [ex artículo 270, en su redacción previa a la Ley Orgánica 1/2015], puesto que entendemos que *con ello comunicaban públicamente* unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno."[571]

El razonamiento parece ciertamente forzado y no se acaba de entender bien el papel de la extracción subrepticia de enlaces P2P como

---

569 Y así se dice expresamente en el Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo nueve de la Sentencia 530/2011 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre.

570 Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo diez de la Sentencia 530/2011 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre. Entre corchetes propio.

571 Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo quince de la Sentencia 530/2011 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre. Entre corchetes y cursiva propia.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

justificación para castigar, casi hasta precipitadamente, por la vía del antiguo artículo 270 CP, *la puesta a disposición de enlaces que permitían la descarga directa de obras protegidas*, rechazando que se tratase de una simple intermediación en el sentido del artículo 17 LSSI y acudir a apoyos argumentales complementarios, a la par que más elegantes, como los que ofrecía la cláusula general del artículo 20.1 o el más específico 20.2.i) TRLPI.

El mismo proceso lógico se sigue en cierto modo en el caso Divxonline, de tal suerte que aquellos dominios titularidad del imputado, respecto de los que percibe ingresos económicos, pero que "*son meros enlazadores, tienen un sistema de funcionamiento similar al "Sharaemula", localizando archivos en programas P2P para facilitar su descarga (no sujetos a restricciones según la LSSI). Se descartan, por tanto, a los efectos de la presente investigación*"[572], para acabar condenando a los acusados por realizar actos continuados de comunicación pública de obras protegidas mediante el procedimiento técnico del *streaming*, en virtud de los artículos 270.1 y 272 CP, en relación con el artículo 20 TRLPI[573].

Por último y poniendo punto final a este apartado, alguna de las últimas resoluciones de esa época relacionadas con el intercambio de archivos a través de redes P2P manifestaron la conveniencia de la utilización del procedimiento administrativo específico de protección establecido en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible[574] antes de acudir a la vía penal, en la medida en que "*el Legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad*

---

572 Fundamento de Derecho Tercero, párrafo octavo de la Sentencia 313/2013 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia, de 24 de junio, condenatoria.

573 Fundamento de Derecho Cuarto, párrafos tercero, cuarto y quinto de la mencionada Sentencia 313/2013 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia; y Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo octavo, noveno y decimocuarto de Sentencia 40/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª), de 20 de enero.

574 Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intelectual"[575], lo cual sucedería, tal y como explicamos en el epígrafe 5.6 del presente Capítulo, una vez que se desarrolló reglamentariamente el funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual mediante la aprobación del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre[576], reservándose de este modo, la vía penal sólo para el enjuiciamiento de las conductas en las que razonablemente se apreciasen indicios de delito.

5.9.1.1.1. Consideraciones críticas.

La mayoría de las resoluciones de la época histórica comentada adolecen de una severa falta de concreción en relación al tipo de enlace P2P ofrecido por los encausados. Además de, en general, manejar de manera peligrosamente amplia el concepto de "hipervínculo", pocas son las resoluciones que especifican el tipo de enlace P2P enjuiciado cuando, como hemos explicado, no era ni sigue siendo lo mismo ofrecer públicamente un enlace eD2k que un enlace *torrent*.

Un enlace de este último tipo, igual que un enlace *magnet* que cifre un enlace *torrent*, no favorece ni facilita la comunicación pública, sino que, técnicamente, permite que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra, poniéndola a su entera disposición, pues no es posible acceder al recurso de otro modo salvo a través de dicho enlace.

Sin el enlace *torrent* el usuario no puede acceder al *tracker* que gestiona el intercambio del recurso, por lo qué, de haberse encontrado sujeta a escrutinio judicial alguna página dedicada a ofrecer en aquella época este tipo de enlaces P2P, habría existido a mi juicio, base racional suficiente para entender que dicho ofrecimiento era susceptible de inculcar el derecho exclusivo de comunicación pública

---

[575] Auto 179/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 15 de marzo, fundamento de derecho primero, letra d). En parecidos términos, Sentencia 49/2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barakaldo, de 11 de febrero, fundamento de derecho tercero.

[576] Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Boletín Oficial del Estado, núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en la modalidad de puesta a disposición descrita en el artículo 20.2.i) TRLPI[577].

Por el contrario, una parte pequeña de nuestra jurisprudencia sí ha sabido apreciar la diferencia entre ofrecer un hipervínculo a un contenido, dirigiendo al usuario hacía una tercera localización, y ofrecer dicho contenido al usuario, sin redirección de éste, integrando el contenido como propio aún a pesar de, realmente, encontrarse alojado en un tercer sitio. En ambos casos se produce un acceso al contenido mediante enlace, si bien en el segundo caso no hay desplazamiento perceptible por el usuario al sitio donde se encuentra alojado en origen dicho recurso.

En el caso Divxonline, como hemos comentado, algunos de los enlaces ofrecidos direccionaban a páginas titularidad también del acusado, donde se podía disfrutar de obras protegidas en su integridad a través del procedimiento conocido como *streaming*[578]. Dichos archivos se encontraban alojados en servidores ajenos, accediéndose a ellos mediante enlace, pero sin producirse redirección del usuario, es decir, reproduciéndose el contenido en la página del acusado de manera similar a como sucedería en el caso de un enlace ensamblado. Así, el contenido era "llamado" a la página a la que accedía el usuario, permaneciendo éste en ella durante todo el periodo de uso y disfrute de la obra protegida, con la consecuente exposición a las posibles comunicaciones comerciales localizadas en dicha página.

La diferencia de este tipo de procedimiento de enlace con los hipervínculos es evidente: el conjunto de instrucciones que hacen posible que se acceda al contenido *se incorpora al código de la*

---

577 No compartiendo la rigurosa postura de MASSAGUER sobre los enlaces, en general, al entender que "*el linking, en principio, puede comprenderse como un supuesto de comunicación al público, en la medida en que a estos efectos es suficiente con que se permita al público acceder al contenido protegido sin necesidad de contar con un ejemplar del mismo; el link, de hecho, pone el contenido vinculado a disposición del público de modo que resulta posible acceder al mismo en el momento en que los usuarios de Internet decidan activarlo*", si estoy de acuerdo en que podemos referirnos en estos términos a ciertos tipos de hipervínculos P2P, como los enlaces *torrent* o *magnet* reseñados. Cfr. J. MASSAGUER, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 13, enero-abril (2003), pág. 30.

578 Auto 630/2010 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), de 26 de octubre, Razonamientos Jurídicos Tercero y Cuarto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

página web con el fin de que no se produzca dicha redirección del usuario, sino la entrega del contenido desde el servidor en que se encuentra alojado en aquella página web desde la que se ha integrado un vínculo a ella. Se invierte así en cierto modo, el proceso normal que tiene lugar para acceder a la información a la que dirige un enlace. Esta actividad de incorporación del enlace al diseño de la página web requiere de una labor por parte del titular de la misma, definiéndose técnicamente el modo y manera en que la reproducción de la obra "llamada" tendrá lugar dentro del marco de su página web, ajustando de algún modo el diseño de ésta para permitir dicha reproducción y, si así se decidiese, habilitar la disposición de espacios con comunicaciones comerciales. La actividad positiva realizada por el titular de la página web o un dependiente en estos casos no era, desde un punto de vista jurídico, la misma que la de alojar hipervínculos a terceros servidores.

Desde la perspectiva del artículo 20 TRLPI vigente en aquel entonces, la conducta desarrollada por quien enlazaba contenidos de este modo podía ser interpretada como mínimo como un "*acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*", pues resultaba claro que su implicación iba más allá de la de un simple intermediario[579], y, probablemente, como un acto de puesta a disposición por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona podía acceder a ellas desde el lugar y en el momento que eligiese, conforme al artículo 20.2.i). Igualmente, no hubiera resultado inapropiado el plantearse, en caso de contenidos ilícitos, la posible existencia de conocimiento efectivo en el prestador del servicio respecto de la ilicitud de la información que se "llama" a su página web a través del empleo de este tipo de enlace, a los efectos de valorar el juego de la exención de responsabilidad del artículo 17 LSSI[580].

---

[579] Posibilidad ya barajada, en cierto modo, en relación al caso RojaDirecta. Véase, Auto 364/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 27 de abril, Fundamento de Derecho Primero.

[580] Inferir automáticamente de esta actividad positiva del prestador de servicios de enlaces una "prueba indudable" de su conocimiento efectivo de la naturaleza ilícita de los contenidos enlazados, no parece, sin embargo, lo más correcto. Una valoración adecuada

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sin embargo, hay que recordar nuevamente que, de acuerdo con la posición de PEGUERA POCH y CAVANILLAS MÚGICA a la que nos adherimos, la ausencia de alguna de las condiciones que delimitan la exención del artículo 17 LSSI, como por ejemplo la falta de conocimiento efectivo, no permite, por si sola, la imputación de responsabilidad. Por todo ello y volviendo al caso Divxonline, las dudas expresadas por la Audiencia y que fundamentaron la decisión de la Sala de seguir adelante con el procedimiento hasta el juicio oral[581], fueron de todo punto razonables.

5.9.1.2. Decisiones posteriores a la Ley Orgánica 1/2015.

Tal y como explicamos en el apartado dedicado a las disposiciones más relevantes de nuestro Código Penal con relación al intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes informáticas distribuidas, la nueva redacción del artículo 270.2, tipificó como delito el facilitar de modo activo el acceso o la localización de obras protegidas a través de las conocidas como páginas de enlaces P2P o cualquier servicio análogo de la Sociedad de la Información.

El texto zanjaba todas y cada una de las cuestiones que anteriormente habían sido objeto de divergencia jurisprudencial. En especial aquellas vinculadas con los elementos subjetivos del tipo penal. Así, el debate sobre cuando cabía entender que se actuaba con ánimo de lucro y cuando no se cerraba, en el sentido de que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2015, llega para colmar el tipo penal el obrar con ánimo *de obtener un beneficio económico directo o indirecto*. Por lo que se refiere al dolo y a la dificultad de acreditar su presencia, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica o de la naturaleza infractora de derechos al contenido al cual se facilite el acceso o la localización en Internet, este elemento subjetivo pasa a presumirse cuando dichos actos se realicen de *modo activo*, no neutral o meramente técnico, en particular, cuando se ofrecen listados

---

requiere, inevitablemente, el análisis técnico del procedimiento seguido, toda vez que pudieran haberse empleado programas o sistemas automatizados no necesitados de supervisión humana.

[581] Auto 630/2010 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), de 26 de octubre, Razonamiento Jurídico Cuarto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ordenados y clasificados de enlaces a obras y contenidos protegidos, independientemente de que dichos hipervínculos hubiesen sido facilitados inicialmente por los destinatarios de los servicios.

Según avanzaban los trabajos de reforma del Código Penal y se iba conociendo el texto de los diversos Anteproyectos, el número de páginas españolas de enlaces P2P que fue poniendo fin a sus actividades iba también proporcionalmente en aumento, una vez constatada por éstas la firme voluntad del legislador de tipificar como delito sus actuaciones. Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2015 y por los motivos arriba expuestos, muy pocos han sido los asuntos vinculados al intercambio de archivos a través de redes P2P que han sido solventados en la jurisdicción penal.

Si acaso, la única excepción digna de mención ha sido la resolución por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona del conocido coloquialmente como caso LimiteXvid en el año 2020. La sentencia condenaba al administrador de las páginas web localizadas a través de los nombres de dominio <limitexvid.com> y <saladivx.com> por, entre otros hechos probados, el incluir en ambos sitios de Internet diversos enlaces P2P que permitían la descarga de obras cinematográficas protegidas —accesibles únicamente de manera lícita a través de la plataforma Filmin, denunciante—, los cuales él mismo había creado a partir de éstas[582], poniendo dichas obras a disposición de un público nuevo, distinto al que inicialmente iban dirigidas, los cuales constituían actos de comunicación pública generadores de un beneficio derivado del cobro por la publicidad insertada en ambas páginas[583].

5.9.2. Jurisdicción civil.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2015 y a pesar del reducido éxito que la misma ofrecía a los titulares de derechos de propiedad intelectual y afines, el uso preferente de la vía penal para combatir el intercambio de archivos protegidos mediante redes P2P y la proliferación de páginas y sitios web en los que se difundían e

582 Fundamento Jurídico Tercero, párrafo quinto, Sentencia 334/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª), de 26 de junio.

583 Fundamento Jurídico Tercero, párrafo decimoquinto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

indexaban hipervínculos P2P ha determinado, al menos en un primer momento, la escasa producción jurisprudencial civil en la materia.

5.9.2.1. El caso de El Rincón de Jesús.

La primera sentencia relevante en el ámbito civil se dictó en relación al conocido como caso El Rincón de Jesús[584], absolviéndose al titular de la página web registrada bajo esa denominación de una potencial infracción de los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación pública de obras protegidas, en su modalidad de puesta a disposición, mediante el empleo de hipervínculos P2P, en concreto enlaces eD2k. Consideró en aquel entonces el Magistrado, que el ofrecimiento de enlaces eD2k desde dicha página no suponía distribución, reproducción ni comunicación pública; no conteniendo el sistema de protección articulado por la Ley de Propiedad Intelectual "*previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que accedan a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P.*" [585] La sentencia no se alejaba, en suma, de las conclusiones manifestadas en resoluciones anteriores en sede penal sobre la misma actividad. Sin embargo, al margen del asunto principal, sí es cierto que la decisión entró a valorar con dispar fortuna otras cuestiones conexas como la importancia del sistema de enlaces en Internet, la aplicabilidad del límite de copia privada a las descargas P2P y el encaje del intercambio de archivos en la categoría de acto de comunicación pública[586], lo cual sorprendió en su momento y justifica

---

584 Sentencia 67/2010 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo. Comentario a fondo de la misma en M. PEGUERA POCH, «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario de la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio *web* www.elrincondejesus.com)», DIARIO LA LEY, número 7462, martes, 7 de septiembre de 2010, pág. 1 y ss.

585 Fundamento de derecho segundo. Como apunta PEGUERA POCH, la afirmación tocaba como cuestión de fondo la existencia de un sistema de responsabilidad indirecta en nuestra Ley de Propiedad Intelectual y la posibilidad de dirigir las acciones y medidas cautelares del artículo 138 TRLP contra quienes contribuyesen a la realización de un acto de usurpación por un tercero, en la cual aquí nosotros no entraremos. *Vid.* M. PEGUERA POCH, «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P», *op. cit.*, págs. 3 y 4

586 Separándose del objeto del procedimiento, para el Magistrado "*parece oportuno referirse a las redes P2P a las que la página web gestionada por el demandado redirecciona*", cosa que se hace, en primer lugar, analizando la licitud de las actividades que

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ahora que, pese al tiempo transcurrido y efectos puramente de aprendizaje y reflexión académica, expliquemos los motivos de ello.

En relación al primer punto, creo que el Magistrado erró al valorar con cierta ligereza la realización de actividades de enlace en Internet, equiparando una manifestación concreta como es la provisión de enlaces P2P con la genérica de provisión de hipervínculos web. En mi opinión, sus manifestaciones en este sentido ignoraban los tipos de enlaces a cuyo estudio nuestra doctrina había dedicado importantes esfuerzos —de superficie, profundos y ensamblados—, las variadas posibilidades prácticas que permitía la técnica de enlazado —entre otras, la creación de marcos y la "llamada" a contenidos alojados en terceros servidores—, los distintos tipos de hipervínculos P2P existentes —entre los que destacan los eD2k, los *torrent* y los *magnet*—, y, muy especialmente, las diferentes consecuencias jurídicas que se podían derivar de algunos de ellos, de acuerdo con la exposición que hemos elaborado a lo largo de varios de los epígrafes que dan forma a este trabajo. Si bien no se puede ignorar que, a tenor del fundamento de derecho primero tanto del auto de denegación de medidas cautelares[587] como de la sentencia, esto último podría haberse debido a que la demandante sólo hizo alusión a la existencia de enlaces eD2k[588].

---

realizan los usuarios de dichas redes para llegar a la conclusión obvia de que "*las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet no vulnera derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual*", y, en segundo término, constatando la evidencia de "*la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes* […] *para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargado*[s]". Véanse los cuatro primeros párrafos del Fundamento de Derecho Tercero.

587 Auto 138/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 2 de julio.

588 La consulta de *Internet Archive* nos muestra que el 8 de agosto de 2008, por ejemplo, una pestaña denominada "Descargas BitTorrent" se localizaba en la página principal de El Rincón de Jesús al igual que el texto "*El RincondeJesus, para descargas gratuitas de Windows, software, freeware, eMule, Bittorrent todo en español.*" Otra pestaña "BitTorrent" situada en el lateral izquierdo de la portada clasificaba los enlaces *torrent* disponibles en diversas categorías, entre ellas "Peliculas; Peliculas DVIX; Peliculas CVCD; Peliculas DVDRIP; Peliculas (V.S.O.); Peliculas Infantiles; Aplicaciones; Musica; Documentales; Juegos Pc; Juegos Videoconsolas; Erotismo; Series TV." *Cfr.* *<http://web.archive.org/web/20080808164926/http://www.elrincondejesus.com/modules.php?name=Download>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En relación al segundo punto, parece que la sentencia intentó responder a la cuestión genérica de si las descargas a través de redes P2P podrían ser consideradas como copias privadas de acuerdo con la redacción a dicho límite daba el artículo 31.2 TRLPI en 2010[589], sin alcanzar, a mi entender, ninguna conclusión sólida.

En especial respecto al requisito de divulgación previa, el Magistrado consideró que "*las obras que circulan en el gran almacén, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado*"[590], lo cual parecía incorrecto ya en aquel entonces, pues la divulgación requiere la autorización del autor y un número muy importante de las obras que se intercambiaban en redes P2P infringían el derecho de inédito del autor al tratarse, por ejemplo, de copias de obras aún no divulgadas —pensemos en una copia de un largometraje no estrenado comercialmente—, o bien difundidas por el titular de derechos sólo para un mercado determinado —una copia de un capítulo de una serie de televisión aún no retransmitida o licenciada en España—. PEGUERA POCH opina que se trató de un error de redacción y que, en realidad, lo que se quería decir es que "*la reproducción, esto es, la descarga, se realiza por persona física para su uso privado*" pues, como veremos a continuación, el Magistrado optó por entender que el requisito de acceso legal no se refiere a la legalidad de la fuente[591].

En este sentido, la sentencia considera que, al exigirse la legalidad del acceso, nuestra legislación de entonces no ponía el acento en la licitud de la fuente, "*de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han*

---

589 Cuyo literal decía: "*No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.*"

590 Fundamento de Derecho Tercero, párrafo quinto.

591 M. PEGUERA POCH, «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P», *op. cit.*, pág. 5.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red."[592]

Aún a pesar de que, probablemente, la intención del legislador español con la reforma de Ley 23/2006, de 7 de julio[593], que transpuso en nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), fuese excluir de la consideración de copias privadas a aquellas hechas a partir de ejemplares puestos ilícitamente en el mercado[594], lo cierto es que de la redacción del 31.2 TRLPI vigente en aquel entonces no cabía sino entender que la legalidad o ilegalidad se predicaba del *modo* en el que la persona física que efectuaba la reproducción accedía a la obra o prestación protegida y no de la *fuente*, es decir, de la propia reproducción que es a su vez copiada[595]. Esta fue, exactamente, la posición que defendía el Magistrado del caso El Rincón de Jesús.

Sin embargo, el empleo del término "acceso legal" supuso no pocos quebraderos de cabeza dado su difícil acomodo a todos los supuestos que la amplia gama de posibilidades de confección de copias privadas a partir de soportes matrices tangibles e intangibles ofrecía. Así, quien adquiría en un puesto callejero una copia ilegal de una obra protegida fijada en un soporte óptico, o quien descargaba una obra protegida desde un sitio web que ponía la misma a disposición del público sin la debida autorización para ello o a través de una red P2P, como se defendía en esta sentencia, accedía en ambos casos a

---

592 Fundamento de Derecho Tercero, párrafo quinto.

593 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE número 162 de 8 de julio de 2006.

594 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 134; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada, op. cit.*, pág. 304. Véase el *iter* parlamentario de aprobación del requisito en S. LÓPEZ MAZA, *op. cit.*, págs. 215 a 218.

595 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 133; en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, pág. 91; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, págs. 564 y 568.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

estas obras de manera legal, pues si bien el soporte a partir del cual se hacía la copia podía ser ilícito, el acceso a dicho soporte era legal, pues no se había hurtado o robado sino que se había adquirido abonando un precio o porque quien accedía a la página web o a la red P2P había abonado la correspondiente cuota para disfrutar de estos servicios de Internet[596].

Aún así, lo cierto es que, si bien estas personas no accedían ilegalmente a la obra, sí se estaban aprovechando de la ilegalidad de un tercero que había vulnerado los derechos de los respectivos titulares sobre la misma[597]. Por ello y aunque el requisito de acceso legal no contuviese ningún elemento subjetivo de valoración del mismo, una parte significativa de nuestra doctrina defendía que éste no podía ser "legal" cuando se conociese la ilicitud de la obra, al existir mala fe por parte del usuario que hacía la copia[598], llegándose al extremo de afirmar que, cuando se descargaban contenidos desde redes P2P, era evidente que el usuario sabía de la ilicitud de éstos[599]. Posición doctrinal difícil de compartir por nosotros ya entonces, principalmente por ser las redes P2P meras vías de comunicación, herramientas en manos de los usuarios que son quienes deciden, antes y ahora, el uso legítimo o ilegítimo que dan a los recursos que comparten a través de las mismas.

Traer a colación con este requisito la cuestión de la posible buena o mala fe del copista no era, a mi juicio, ni mucho menos erróneo en

---

596 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 133 a 135; en *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 97; y en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, págs. 569 y 570.

597 J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 308. Para ESPÍN y BOUZA, por ejemplo, el ofrecimiento de obras para su descarga a través de redes P2P era ya un abuso que no tenía cabida en la excepción de copia para uso privado. I. ESPÍN ALBA Y M. A. BOUZA LÓPEZ, «Ley por la que se Modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril», ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL, tomo XVI (2005-2006), págs. 436 y 437.

598 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», *op. cit.*, pág. 196; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 48.

599 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 49.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aquel momento. Tampoco implicaba incorporar un recurso jurídico ajeno pues, como señala GARROTE, nuestra normativa en materia de propiedad intelectual permitía, por ejemplo, que no se pudiesen ejercitar las consecuencias asociadas a la acción de cesación cuando estábamos ante ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal[600]. Por ello, en la medida en que era recomendable entender que había tenido acceso legal quien efectuó una copia privada ignorando si el soporte a partir del cual la realizaba había sido ilícitamente puesto en el mercado o no, también era lógico sostener lo contrario cuando hubiese evidencias racionales que demostrasen el conocimiento de la ilicitud, por lo que el grado de conocimiento de quien hacía la copia podía resultar un criterio útil en determinados supuestos para determinar la legalidad o ilegalidad del acceso, si bien enjuiciar la buena fe objetiva del copista era ya considerada una tarea delicada y sólo podía hacerse caso por caso[601]. Como indicó PEGUERA POCH, nada había que objetar a la sentencia en relación a ese punto concreto[602].

Por lo que respecta al requisito de la ausencia de uso colectivo o lucrativo para la posible consideración de la aplicabilidad del límite de copia privada a las obras provenientes de descargas a través de redes P2P, el Magistrado opinaba que "*la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está.*", lo cual equivalía a decir que las copias descargadas no eran objeto de utilización colectiva o lucrativa salvo cuando lo fuesen[603].

---

600 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET AL, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 135. En contra, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada*, *op. cit.*, pág. 308.

601 I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La Reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pág. 96.

602 M. PEGUERA POCH, «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P», *op. cit.*, pág. 5.

603 *Ibidem.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

No siendo el objeto del litigio aclarar esta cuestión, poco más se podía pedir a la sentencia, si bien resultó sorprendente que no reflejase, al menos, la posibilidad de que pudiera existir uso colectivo cuando se intercambiaba una copia obtenida al amparo del 31.2 TRLPI vigente en 2010, entre un grupo de sujetos que excediese de lo estrictamente doméstico como, por ejemplo, poniéndola a disposición de todos los usuarios de una red P2P como eDonkey. Como indicamos con anterioridad, no se comprendió muy bien la razón por la que la sentencia se centró en analizar las conductas de los usuarios de las redes P2P, al no constituir éstas el objeto de la demanda sino la provisión de enlaces eD2k, pero mucho menos se entendía que, ya metidos en materia, se guardase silencio respecto de una cuestión relevante como la posibilidad de que a través de la red eDonkey se intercambiaran copias de obras protegidas realizadas en virtud del límite de copia privada y que esto pudiera tener lugar entre un colectivo de personas fuera de un contexto familiar.

Con todo, lo verdaderamente chocante fue que, como veremos a continuación, el uso colectivo y lucrativo sí se tuvo en cuenta a la hora de analizar el posible encaje del intercambio de archivos en la categoría de acto de comunicación pública. Así, el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia comenzaba afirmando "*sin duda que mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas.*" No podemos dejar de pasar por alto que, puesto que la distribución no requería entonces del acceso efectivo a la obra, en este caso su descarga, resultaba incongruente la referencia a una bajada efectiva. La comunicación pública se producía en el momento de dictarse la sentencia que comentamos, en el mismo momento que tiene lugar hoy en día, es decir, en cuanto una pluralidad de personas *pueda* tener acceso a una obra protegida, cosa que sucedía, sin duda, cuando una obra se ponía a disposición de los usuarios de la red eDonkey.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A continuación, sostenía el Magistrado que la definición jurídica de comunicación pública de entonces[604] no cuadraba en todos los casos con el comportamiento de los usuarios, puesto que, en primer lugar, "*en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas.*" La objeción que se planteaba era que podía ser que el sujeto no tuviese conocimiento de que se producía una puesta a disposición y que ésta tuviera lugar con un número limitado de personas[605]. Considerar el posible conocimiento que en aquel entonces tenía el sujeto de la acción realizada para la mera calificación jurídica de la misma, no parecía relevante para algunos, entre ellos quien esto suscribe, como tampoco lo era que el intercambio pudiese tener lugar entre un número pequeño del conjunto de personas que componían el público que tiene acceso a la obra.

Como segundo argumento se indicaba que "*es perfectamente posible que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descargas por otros usuarios*", lo cual sólo implicaba que cuando los terceros no podían tener acceso a los datos, los mismos no estaban puestos a disposición, pero no que estábamos ante un acto de puesta a disposición cuando la información fuese efectivamente accesible[606].

Tras señalarse que "*puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE*", lo cual no impedía la calificación de su puesta a disposición a través

604 Se refiere a la vigente hasta 5 de marzo de 2011.

605 M. PEGUERA POCH, «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P», *op. cit.*, pág. 6.

606 *Ibidem.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de la red eDonkey como un acto de comunicación pública, el conjunto de argumentos de la sentencia para defender que esto no era efectivamente así, finalizaba puntualizando que "*no hay que olvidar que se trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra).*"

La referencia al ánimo de lucro, si bien fuera de lugar, pues no era un elemento integrante de la definición de actos de comunicación pública, podría haberse realizado en el momento de profundizar sobre el límite de copia privada, en los términos ya expuestos, así que nada más añadiremos. La referencia al intercambio entre particulares parecía dar a entender que implicaba la imposible consideración de tal actividad como acto comunicación pública, lo cual sonaba manifiestamente erróneo en aquel entonces.

Como explicamos, conforme a la revisión del TRLPI vigente entonces, podían constituir actos de comunicación pública tanto actos de comunicación colectiva de una obra protegida como determinados actos domésticos o privados que se realizasen a través de redes de comunicaciones. La transmisión sería privada cuando se produjese punto a punto o de particular a particular, pues se singularizaba al receptor, aún habiendo la posibilidad de que llegase a disfrutar más de una persona de la obra comunicada, mientras que se consideraba pública aquella que no discriminaba ni diferenciaba al receptor o que permitía el acceso, bien simultáneo, bien sucesivo, de una pluralidad de personas a la obra, circunstancia que, sin duda alguna, ciertamente se daba cuando una obra se ponía a disposición de los usuarios de la red eDonkey en aquel momento histórico concreto. El intercambio de datos e información es esta red específica no era posible que tuviese lugar de manera discriminada, lo cual no quiere decir, que no pudieran existir otras aplicaciones P2P de intercambio de archivos en las que sí se pudiese cumplir el requisito de la singularización del receptor, garantizándose que el acto de comunicación se realizaba en un ámbito privado.

En conclusión, a pesar de las diversas y confusas digresiones respecto del fondo del asunto que poca luz arrojaron en cuestiones

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

colaterales al empleo de enlaces P2P, la importancia jurídica de la resolución del Juez Mercantil en el caso El Rincón de Jesús residió principalmente en tratarse de la primera sentencia en sede civil que consideró que el ofrecimiento de dichos hipervínculos no suponía infracción de los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras protegidas, en su modalidad de puesta a disposición.

De manera ciertamente sorpresiva, la Audiencia Provincial revocaría parcialmente la decisión del Juzgado sobre El Rincón de Jesús al estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la SGAE, en concreto, al declarar que desde dicha web se realizaron "*actos de comunicación pública de obras musicales incluidas en el repertorio de la actora, al ponerlos a disposición del público que visitara su sitio web* [...], *permitiendo su descarga directa*" y condenarse al demandado al cese de esta conducta y al pago de una indemnización por la remuneración dejada de percibir con las descargas directas[607].

A pesar de mantener la decisión de primera instancia, esto es, que el titular de la página web no cometió infracción de los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación pública de obras protegidas, en su modalidad de puesta a disposición, mediante el empleo de hipervínculos P2P, en concreto enlaces eD2k, la resolución de la apelación tuvo en cuenta varios elementos aparentemente no contemplados por el juez *a quo*, sancionándose el ofrecimiento de obras a través de descarga directa al mismo tiempo que se reconocía el ofrecimiento de fonogramas musicales para su escucha mediante *streaming* en la página de El Rincón de Jesús, sin llegarse a dictar condena por ello. Nos detendremos brevemente a comentar varios de los aspectos tocados en esta resolución.

La cuestión crucial era, sin duda, la condena por poner a disposición del público contenidos protegidos para su "descarga directa". Con este término se hacía referencia a la actividad de descargar información o datos *directamente* desde un servidor de Internet. Los contenidos disponibles a través de este tipo de descarga

607 Sentencia 83/2011. de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

podían ser enlazados del mismo modo en que se venían estableciendo hipervínculos en aquella época para el acceso de cualquier otro recurso disponible en Internet.

Un ejemplo lo constituían, desde luego, los enlaces FTP (*File Transfer Protocol*), que permiten la transferencia genérica de archivos, de tal modo que cuando hacemos clic en un hipervínculo de este tipo[608], el navegador establece conexión con el servidor en el que se encuentra alojado el recurso para iniciar su transferencia a nuestro equipo. Pero no se trata del único ejemplo destacable. Una de las actividades de la Sociedad de la Información que mayor desarrollo estaba experimentando en esos años era la prestación de servicios de alojamiento de datos, de la mano de empresas que funcionaban como repositorios *online* de contenidos subidos por los usuarios, tales como Megaupload, Scribd o Dropbox. Dichas empresas, en la medida en que no tuviesen conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada era ilícita o de que lesionaba bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o, en caso de tenerlo, actuasen con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos, no eran responsables por la información almacenada a petición del destinatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 LSSI. Los contenidos disponibles en este tipo de repositorios digitales eran accesibles mediante el empleo de enlaces, generalmente hipervínculos web que, como vimos, emplean el protocolo HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y permiten que el navegador instalado en nuestro equipo abra el recurso enlazado en la localización en que se encuentra.

En su sentencia, la Audiencia comenzó poniendo de relieve que el Juzgado expresamente excluyó del debate que la web del demandado almacenaba y ofrecía archivos musicales y, también, que se permitiese la escucha mediante *streaming*, directamente y sin descarga, de obras musicales colgadas en la red por otros usuarios, *"pues estos hechos no fueron aducidos en la demanda para conformar la causa petendi, que*

608 Enlaces que aparecen con la siguiente estructura: *ftp://nombre DNS/nombre del archivo*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

se ciñó a la […] *actividad de ofrecimiento de descarga de archivos por la red p2p.*"[609]

A continuación, consideró probado en base a dos informes periciales y a la propia declaración del demandado en el acto de juicio que los usuarios que accedían a su sitio web podían "*hacer descargas directas de archivos musicales, a través de las carpetas música directa, musicRincon y Mp3 al día ("acceso directo");* [y también podían] *desde la carpeta MusicRincon escuchar, sin descargar, un fonograma musical, actividad que en la doctrina es conocida con el vocablo inglés "Streaming"* ", no quedando acreditado

> "que los archivos musicales [hubieran] sido "colgados" por el demandado en su página web, […] Pero sí que a través de la página web se [permitía] la reproducción, al facilitar al usuario de la web la descarga directa, y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un archivo musical. […] El demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas operaciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red. Los informes son muy claros cuando muestran cómo opera quien visita la página web para acceder a esos archivos musicales."[610]

La Audiencia dedicó el fundamento jurídico tercero a razonar si estos dos actos infractores fueron aducidos por la actora en su demanda para fundar sus pretensiones, en concreto, la declaración de infracción de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a las obras de su repertorio y las consiguientes peticiones de condena. A tenor del

609 Fundamento Jurídico Primero. Corchetes propios.

610 Fundamento Jurídico Segundo. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

hecho cuarto de la demanda, el tribunal entendió que al hacerse referencia

> "al acceso ilimitado a los archivos musicales, que permite la descarga de los archivos, directamente o redireccionando a otra web de modo automático" sí se aduce a los actos de descarga directa, pero que "en ningún momento menciona la puesta a disposición que supone facilitar la simple audición de una obra musical, sin descarga del archivo. Esto es algo que surgió con posterioridad a la demanda, durante el juicio, y, por ello, debemos entenderlo no constitutivo de la causa petendi, que se refiere fundamentalmente a la descarga de archivos, ya sea directamente ya sea redireccionando a otra web de forma automática."

La declaración de infracción cometida por El Rincón de Jesús de los actos de comunicación pública que supuso facilitar la descarga directa de obras musicales del repertorio de la actora y la consiguiente condena a indemnizar fue cuestionada en las primeras aproximaciones doctrinales a la "enigmática" resolución de la Audiencia, afirmándose como argumento principal que la sala

> "no llegó a entender en qué consisten y cómo funcionan las llamadas descargas directas [...] y llega a la conclusión de que consisten en la descarga de archivos que no necesariamente se hallan alojados en el sitio web del demandado, pero cuya descarga se realiza 'a través' de dicho sitio web. [...] La AP no sabe dónde están los archivos, pero declara que esto no es determinante para la calificación jurídica. [...] Si la AP hubiera entendido que las descargas directas de elrincondejesus eran enlaces a Megaupload no las habría considerado comunicación pública."[611]

---

611 M. PEGUERA POCH, *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (1)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 16 de abril de 2011. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/04/16/enigmatica-sentencia-apb-elrincondejesus-1/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Lo cierto es que, si bien la audiencia sólo empleó el término enlaces para hacer referencia al ofrecimiento de hipervínculos P2P y no para hablar de las descargas directas ni del disfrute de obras protegidas mediante *streaming*, sí que se aludió al "redireccionamiento" mediante enlaces a recursos disponibles en terceras páginas web, pero sin indicar dominio alguno en concreto. Como vimos en nuestra introducción, las dos manifestaciones más comunes del procedimiento de descarga directa son mediante enlace FTP e hipervínculo web a un repositorio digital como Megaupload. Siguiendo los informes periciales, la sala estableció que podían hacerse descargas directas de archivos musicales desde tres secciones de El Rincón de Jesús: Música Directa, MusicRincon y Mp3 al día. Una consulta a *Internet Archive* hecha por nosotros reveló que en la primera sección se contenían, a fecha de 5 marzo de 2005, un total de 3.101 enlaces FTP bajo el epígrafe "Descargas directas de música" y "Música sin clasificar" que parecían redireccionar en su totalidad a un tercer servidor[612]. La presencia, por tanto, de enlaces FTP y HTTP que dirigiesen a archivos disponibles en repositorios digitales o terceros servidores parece que era muy probable.

La cuestión relevante fue la interpretación que la Audiencia hizo del derecho de comunicación pública al entender *que enlazar a terceros dominios donde se permitiese descargar una obra protegida generaba responsabilidad no sólo para el tercero que albergase el archivo, sino también para todo aquel que informara de la disponibilidad del mismo*. La Audiencia, en suma, equiparaba enlazar y alojar contenidos ilícitos, quebrando la tendencia jurisprudencial marcada por varias Audiencias Provinciales en aquel entonces, de considerar que el enlace no constituía un acto de comunicación pública y que sólo quien alojaba los archivos, es decir, quien técnicamente los ponía a disposición pública, realizaba dicho acto, no

612 La totalidad de los enlaces comprobados tienen por encabezamiento: "ftp://66.58.20.18:70…" y dirigen a un servidor localizado en Chicago (Estados Unidos) cuyo proveedor es Britsys-Internet. Cfr. *<http://web.archive.org/web/20050305013839/http://www.elrincondejesus.com/musica_directa.htm>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

pudiendo equipararse el alojar un enlace con alojar un archivo conteniendo una obra protegida[613].

De acuerdo a como hemos ido avanzado en nuestro análisis de la exclusión contenida en el artículo 17 LSSI y de las sentencias relevantes sobre páginas web de enlaces P2P en la jurisdicción penal, los hipervínculos pueden ser clasificados atendiendo al protocolo que emplean o al modo de redirección que gracias a ellos tiene lugar.

Según el primer criterio podemos hablar de enlaces FTP, HTTP y P2P, debiendo encuadrarse los enlaces *torrent* dentro de la categoría de enlaces HTTP antes que, en la última de aquellas, que incluye a los enlaces eD2k y *magnet*. En función al segundo criterio, la clasificación consolidada en nuestra doctrina en aquellos momentos hablaba de hipervínculos de superficie, profundos y ensamblados. Como expuse con anterioridad, la relevancia jurídica de la distinción entre enlaces de superficie y profundos está para mi supeditada en esa época a la naturaleza libre o de acceso condicionado del contenido al que remitían, siendo lícito el enlace a dicho contenido si el mismo era público, en la medida en que tanto la navegación por Internet como la actividad de enlazado también lo eran. El uso de hipervínculos ensamblados o incrustados y de la técnica de creación de marcos generaría responsabilidad en quien incrustase el contenido enlazado cuando la "llamada" para la incorporación del recurso ajeno tuviese por objeto hacer pasar éste por propio, evitando el desplazamiento del usuario al punto donde efectivamente se encontraba alojada la información, lo cual requería la incorporación del enlace al código de la página web, debiendo definirse cómo y en qué lugar de dicha página se mostraría el contenido enlazado. La necesaria intervención de quien controlaba y decidía el diseño de la página web me llevan a concluir que, en las fechas de las decisiones judiciales que estamos comentando, la responsabilidad iba más allá que la de quien copiaba y pegaba una dirección de Internet, debiendo entenderse que se trataba de un acto que encajaba, como mínimo, en la definición amplia del

---

613 Así se establecía, por ejemplo, en los casos RojaDirecta y eDonkeyMania. Auto 364/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid (Seccion 1ª), de 27 de abril, Fundamento de Derecho Primero, y Auto 179/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 15 de marzo, Fundamento de Derecho Primero, letra a), respectivamente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

artículo 20.1 TRLPI de entonces[614] y, probablemente, en la puesta a disposición reservada en exclusiva a los titulares de derechos *ex* 20.2.i)[615].

A mi juicio, en esos momentos la discusión sobre la legalidad de los hipervínculos y el enlace a contenidos ilícitos que había surgido en torno a la resolución de El Rincón de Jesús se había reducido en demasía, simplificando la cuestión en unos términos alejados de su realidad técnica básica.

En el plano jurisprudencial penal, hemos criticado ya la opinión de un número importante de Audiencias Provinciales que, en esos primeros momentos de afrontar el fenómeno objeto de nuestro estudio, generalizaron peligrosamente en algunos casos el término "hipervínculo" y no supieron distinguir, en primer lugar, entre enlaces HTTP y P2P. Como hemos explicado, el ofrecimiento de un enlace HTTP, de un enlace eD2k y de un enlace *magnet* que cifre un hipervínculo eD2k, dirigen a un recurso existente en una red informática distribuida que es accesible por otros medios más o menos complejos que el mismo enlace. Quien ofrece un enlace de este tipo no comunica públicamente dicho recurso, pues el mismo ya está disponible en una red de comunicaciones, ya se le dio "publicidad" y era accesible con anterioridad e independientemente del acto de enlace. El responsable de dicha comunicación sería, por tanto, quien hubiese efectivamente permitido el acceso público a la obra, poniéndola a disposición de los usuarios de esas redes mediante un acto previo al del enlace. Sin embargo, un hipervínculo *torrent* o *magnet* que cifre un enlace *torrent* supone la única vía de acceso al recurso, por lo que quien ofrece un enlace de este tipo creemos que hace pública, en cierto modo, la única puerta de acceso al mismo, pues la información no está disponible de manera genérica en una red

---

614 "*1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*"

615 "*i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*"

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

informática distribuida como Internet, sino sólo *en una determinada conexión en red entre determinados particulares* que están compartiendo dicho recurso.

La interpretación de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso El Rincón de Jesús era, a nuestro juicio, también plenamente criticable, pues al equiparar la responsabilidad de quien enlaza y la de quien aloja contenidos expandía desproporcionadamente la responsabilidad del segundo caso a otro acto de naturaleza completamente diferente. En mi opinión, no se debía de haber dejado "al margen" al sujeto que daba publicidad a un determinado contenido en Internet, pues constituía el elemento definidor de los actos de comunicación pública. Por las razones expuestas anteriormente, en aquel entonces sólo procedía extender la responsabilidad del modo que hizo la Audiencia, en virtud de la disposición genérica del artículo 20.1 TRLPI o del 20.2.i) a dos manifestaciones o actividades concretas de enlace: la provisión de hipervínculos *torrent* o *magnet* que cifrasen un *torrent* y cuando se hiciese uso de la técnica del enlazado para ensamblar o incrustar contenidos remotos, impidiendo el desplazamiento del usuario al recurso mediante la "llamada" de dicha información al dominio del enlazador para su disfrute dentro de su ámbito, por ejemplo, mediante el empleo del *streaming*[616].

También disentimos con aquellos autores que, en el sentido inverso al de la Audiencia Provincial de Barcelona, entendieron que la provisión de enlaces P2P, en términos genéricos, no suponía la realización de la concreta modalidad de puesta a disposición del 20.2.i) TRLPI vigente, aunque, jurisprudencialmente, fuese posible incardinar dicha actividad en la cláusula general del 20.1[617]. A mi entender esto era entonces erróneo. No había acceso ni puesta a disposición en el caso de enlaces eD2k o *magnet* cifrando hipervínculos eD2k, por estar ya disponible públicamente el recurso en una red de comunicaciones y ser accesible a cualquier usuario de la

---

616 De idéntica opinión M. PEGUERA POCH, *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (2)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 20 de abril de 2011. Disponible en: <*http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/04/20/la-enigmatica-sentencia-de-la-audiencia-sobre-elrincondejesus-com-y-2/*>

617 Así M. PEGUERA POCH, *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (2), op. cit.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

misma sin necesidad de hacer uso del enlace en cuestión, de manera análoga a como se venía entendiendo que acontecía con los hipervínculos HTTP en general. Por el contrario, habría como mínimo acceso y, desde luego, puesta a disposición en el caso del ofrecimiento de enlaces *torrent* o *magnet* cifrando hipervínculos *torrent*, al permitirse el acceso público a la obra, recordemos, no disponible en red P2P alguna sino en una conexión en red entre usuarios de Internet, poniéndola a disposición de cualquiera que quisiera acceder a ella, mediante el ofrecimiento de un hipervínculo o archivo *torrent* que contuviese la información necesaria para localizar al *tracker* que gestionaba dicho intercambio.

Por último, la Audiencia avalaba la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia al confirmar que

> "no cabe estimar la acción declarativa de que el demandado, por la actividad desarrollada en su página web de facilitar el enlace o conexión a una red P2P (eDonkey), que permite compartir archivos (obras musicales o videográficas), entre los que se encuentran obras del repertorio de la actora, lleva [a] cabo actos de reproducción o de comunicación pública de dichas obras. Y consiguientemente, tampoco cabe estimar las acciones de indemnización y de cesación que se fundaban en estos supuestos, y no declarados, actos de infracción."[618]

De este modo, por un lado, se respaldaba, en un ámbito tan controvertido como el ofrecimiento de enlaces P2P, la opinión de un sector de nuestra doctrina que defendía que las acciones indemnizatorias del artículo 138 TRLPI estaban reservadas, salvo las excepciones legalmente contenidas en dicha norma[619], sólo para los supuestos de infracción directa[620], quedando la vía del artículo 1.902

---

618 Fundamento Jurídico Quinto. Corchete propio.

619 Previstas en los artículos 102.c), 160 y 162 TRLPI de la época, en referencia a los programas de ordenador y a las medidas tecnológicas de protección.

620 Entre ellos J. MASSAGUER, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *op. cit.*, págs. 25 y 26; y J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes 'peer to peer' (P2P)». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 18 (2004), págs. 39 a 48.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

del Código Civil reservada para la restitución de posibles daños sufridos por comportamientos de terceros. Por otro lado, y si cabe aún de mayor relevancia, la posición de la Audiencia fue interpretada como indicativa de la imposible aplicación del procedimiento administrativo de protección de los derechos de propiedad intelectual a quienes proporcionasen enlaces a redes P2P o a terceros servidores, por quedar excluido el ejercicio de acciones por infracción indirecta o secundaria de este tipo de derechos[621], lo cual parecía poner en solfa la virtualidad práctica de la medida más importante prevista para el ámbito digital por la Ley de Economía Sostenible.

5.9.2.2. El caso Índice-web.

Como hemos visto, la importancia jurídica de la resolución del juez de primera instancia en el caso El Rincón de Jesús se concretaba en tratarse de la primera sentencia civil que consideraba que el ofrecimiento de enlaces P2P a obras protegidas en 2010 no suponía infracción de los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública de sus titulares, en su modalidad de puesta a disposición, lo cual tuvo su reflejo en la resolución de un caso similar, muy próximo en el tiempo. La sentencia del Juzgado Mercantil en el denominado caso Índice-Web[622] seguía las líneas maestras de la decisión de primera instancia de El Rincón de Jesús, sin aportar elementos singularmente interesantes que justifiquen un análisis en mayor profundidad, para desestimar íntegramente la demanda formulada por la SGAE contra el responsable de la página disponible a través del nombre de dominio <índice-web.com>[623].

---

621 M. PEGUERA POCH, *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (2)*, *op. cit.* Sobre la negación de la posibilidad del ejercicio de la acción de cesación frente a los intermediarios de servicios en este momento histórico, véase el pronunciamiento de primera instancia en el caso Telecinco-YouTube: Sentencia 289/2010, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre, Fundamento Jurídico Cuarto.

622 Sentencia 149/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, de 22 de abril.

623 Breve comentario en M. PEGUERA POCH, *Una vez más: el mero enlace no es comunicación pública (caso indice-web)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 12 de mayo de 2010. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/05/12/sentencia-indice-web-com/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sí tuvo su importancia, sin embargo, la posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación contra la página de enlaces [624] pues, como apuntó PEGUERA POCH, la sentencia de El Rincón de Jesús "*suscitó una gran perplejidad, ya que los argumentos empleados por la AP para considerar que los enlaces a redes P2P no constituyen infracción de propiedad intelectual resultan también aplicables a los enlaces a servidores de descarga directa*"[625], al aclarar, en relación al objeto que al presente trabajo interesa que, conforme a la redacción del TRLPI en vigor entonces, quien

> "ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y [...], teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción [...] y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, "*se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella*") ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública "*la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija*". El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho

---

624 Sentencia 301/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 7 de julio.

625 M. PEGUERA POCH, *La Audiencia de Barcelona aclara que los enlaces a Megaupload no son puesta a disposición*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 14 de julio de 2011. Disponible en: *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/07/14/la-audiencia-de-barcelona-aclara-que-los-enlaces-a-megaupload-no-son-puesta-a-disposicion/>*. Párrafo quinto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra."[626]

5.9.2.3. La responsabilidad de quien crea y comercializa *software* destinado al intercambio de archivos a través de redes P2P: el caso Blubster.

En el año 2011, el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid emitió la primera resolución dictada en España sobre la responsabilidad de quien diseña y comercializa *software* destinado a permitir el intercambio de archivos susceptibles de contener obras protegidas a través de redes P2P[627]. El fallo[628] desestimó en su totalidad las pretensiones de Promusicae, Warner Music, Universal, EMI y Sony BMG contra Pablo Soto, creador del protocolo MP2P, y las sociedades mercantiles que explotaban varias aplicaciones P2P diseñadas a partir del mismo, denominadas Blubster, Piolet y Manolito[629].

La cuestión de fondo era la posible existencia de responsabilidad indirecta o secundaria por la puesta en el mercado de programas que permitiesen a terceros realizar actividades infractoras de derechos a través de redes informáticas distribuidas. Se buscaba, en suma, un pronunciamiento en línea con los dictados en otras jurisdicciones para supuestos de hecho similares, como fueron, tal y como explicamos con detalle en el Capítulo Tres del presente trabajo, las resoluciones

---

626 Fundamento II, párrafo treinta y uno. Sentencia 301/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 7 de julio.

627 Tuve la oportunidad de llevar a cabo un análisis más detallado tanto de la decisión en primera instancia como de la apelación dictadas en relación a este caso en R. IGLESIAS POSSE, «Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas diseñadas para intercambiar archivos a través de redes P2P», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 29 (2012), págs. 455 a 463; y «Ausencia de responsabilidad de creadores y distribuidores de programas P2P por las infracciones de derechos de propiedad intelectual que cometan sus usuarios», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 36 (2014), págs. 491 a 499.

628 Sentencia 244/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 25 de noviembre.

629 Los tres permitían el acceso a la red MP2P. En adelante, las referencias al *software* P2P deben entenderse como hechas a los tres programas de manera conjunta y las referencias a la red, a la red MP2P.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

emitidas contra Napster, Aimster, Grokster y LimeWire en Estados Unidos y contra Kazaa en Australia.

El juez mercantil resolvió la controversia en el sentido avanzado[630], estableciendo que el *software* P2P objeto de la *litis* era un instrumento genérico de intercambio de archivos de audio, distribuido comercialmente de manera lícita a través de Internet, y que las empresas que a ello se dedicaban no infringían derecho de autor alguno ni incitaban a sus usuarios a compartir grabaciones protegidas, desarrollándose los intercambios de forma directa entre éstos, sin que existiese relación de dependencia o control entre unos y otros, ni tampoco intermediación o provisión de servicios al objeto de facilitar la comisión de infracciones, actividad por otra parte no explícitamente prohibida en nuestra legislación de entonces. Cuatro aspectos concretos fueron tenidos en cuenta para alcanzar esta concusión: a) el funcionamiento de las redes P2P, el protocolo MP2P y las aplicaciones de Pablo Soto; b) la legitimación pasiva de los demandados; c) la puesta a disposición del *software* que realizaban las mercantiles enjuiciadas; y, d) la posible existencia de responsabilidad extracontractual.

En relación al primer elemento, a mi entender, el juez parece identificar exclusivamente el funcionamiento de las redes P2P con el modelo cliente-servidor característico de los primeros clientes de intercambio de archivos como, por ejemplo, Napster, cuando, como en el caso concreto del *software* objeto de la demanda, era posible un funcionamiento completamente descentralizado conforme al segundo modelo de aplicaciones P2P para el intercambio de archivos, en cuyas características profundizamos en el Capítulo 2 del presente trabajo.

El protocolo MP2P diseñado por Pablo Soto tomaba como referencia el primer Gnutella, un lenguaje informático que, como sabemos, había superado el modelo centralizado de Napster gracias a

---

630 Llegando a una conclusión parecida a la que se alcanzó en los procesos contra Kazaa en Países Bajos (Buma/Stemra v. Kazaa HR, December 19, 2003. AMI 2004 9. Comentario en J. KRIKKE, «The Netherlands: Peer to Peer Technology Kazaa», CRi, número 3 (2004), pág. 91 y ss.) y contra el programador Isamu Kaneko en Japón (Véase R. YAMAMOTO, *Supreme Court ruling clears Winny software developer*. THE ASASHI SHIMBUN. December 21, 2011. Disponible *online* en: <*http://ajw.asahi.com/article/economy/technology/AJ201112210019*>).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

un nuevo diseño distribuido puro que permitía la transferencia de archivos en un entorno donde todos los nodos eran jerárquicamente iguales y no había un servidor central que administrase la red. La búsqueda de archivos en las aplicaciones que hacían uso del protocolo Gnutella se ponía en marcha a partir de la conexión arbitraria con un par cualquiera de los conectados a la red, de entre los más próximos a quien la inicia. La diferencia de funcionamiento con Napster en este aspecto es abismal, pues Blubster, Piolet y Manolito necesitaban conocer la localización de algún usuario de la red para poder conectarse a ella. El procedimiento para lograrlo descansaba en un sistema de rutas de acceso que los demandados denominan de "puertas de enlace" o "*gateways*". Conforme al mismo, cuando el usuario había instalado el cliente P2P en su equipo por primera vez, el *software* se conectaba automáticamente con una página web de la respectiva empresa explotadora en la que había unas cien direcciones IP de usuarios. La aplicación comenzaba a usarlas, una tras otra, hasta encontrar alguna activa con la que podía establecer comunicación y, a partir de ahí, acceder a la red MP2P. Si ninguna respondiese, el programa reiniciaría la conexión con la puerta de enlace y ésta mostrará cien nuevas direcciones, iniciándose de nuevo el proceso.

El Fundamento de Derecho Tercero albergaba de manera un tanto confusa la primera valoración que el juez hacía del protocolo MP2P y del *software* creado en base a él, entendiendo que el protocolo "*permite a terceros* [el] *intercambio directamente de igual a igual*" y que las aplicaciones desempeñan una "*función técnica totalmente neutra, estableciendo una red de comunicaciones que conect*[a] *a los usuarios a fin de intercambiar datos.*"[631] Con ocasión del análisis de la legitimación de los codemandados y la posible infracción de normas regulatorias de la competencia, la sentencia detallaba que las aplicaciones informáticas son "*un software que sirve para el intercambio de archivos* [...] *no siendo este instrumento apto "per se" para desproteger obra intelectual, siendo la finalidad del mismo* [el] *intercambio de archivos de audio entre particulares* [...] *no el intercambio de canciones de las demandantes*", y que "*son herramientas informáticas, de carácter neutro, que se ofrecen a los*

631 Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

usuarios de la red [Internet], *como un nuevo instrumento técnico a través del cual* [...] *pueden compartirse los archivos y contenidos que libremente deseen.*"[632]

En relación al segundo elemento, el fallo era meridianamente claro en su Fundamento de Derecho Cuarto a la hora de establecer la ausencia de legitimación pasiva de Pablo Soto, toda vez que eran las mercantiles codemandadas las que realizaban la actividad presuntamente infractora aducida en la demanda, y quedando acreditado que él era "*un desarrollador de aplicaciones informáticas que trabaja para las empresas demandadas y que las sociedades* [...] *explotan el software*"[633], si bien participaba en la dirección de las mismas[634].

Por lo que respecta al tercer elemento decisorio, el fallo ponía de manifiesto que las empresas se dedicaban "*a la producción de software, que venden a quienes quieran comprarlo* [... y] *que sirve para el intercambio de archivos* [...] *Una vez instalada la aplicación en sus ordenadores, los usuarios montan una red* [...] *en la que no intervienen para nada los demandados*", considerándose como acreditado que "*no prestan ningún servicio*" y que "*no almacenan, copian o difunden obra intelectual alguna sino que esta es una actividad de los usuarios en sus propios discos duros* [...] *que se realiza de forma directa entre ellos sin que exista intermediación de las demandadas.*"[635] En suma, entendía el juez que dichas mercantiles no llevaban a cabo ninguna de las conductas reservadas en exclusiva a los derechohabientes ni se prestaba servicio alguno que permitiese la infracción de derechos por terceros, tan sólo se comercializaban unos programas cuya finalidad era el intercambio de archivos entre particulares, no el intercambio de obras de las demandantes. No procedía, por lo tanto, la acción de cesación e indemnización, máxime cuando, de acuerdo con la sólida línea jurisprudencial existente en aquella época concreta, facilitar la infracción no era una actividad prohibida por nuestra legislación.

---

632 Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto. Entre corchetes propio.

633 Fundamento de Derecho Cuarto, primer párrafo. Entre corchetes propio.

634 Fundamento de Derecho Tercero, último párrafo.

635 Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo segundo. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por último y como cuarto pilar argumental, en su Fundamento de Derecho Séptimo, la sentencia entraba a valorar la posible responsabilidad extracontractual de acuerdo con los términos de la demanda. Habiendo determinado ya la falta de legitimación pasiva de Pablo Soto y la licitud de las actividades llevadas a cabo por las mercantiles explotadoras de su *software*[636], el juez descartó la responsabilidad del artículo 1.902 de nuestro Código Civil (CC) y se centró en analizar aquella derivada de hecho ajeno si bien no existía "*nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y los usuarios que sin respetar las normas de protección de derechos de propiedad intelectual deciden compartirlos con terceras personas.*"[637] Tampoco "*incitación a los usuarios a compartir grabaciones musicales protegidas.*"[638] De darse responsabilidad extracontractual, extremo que se niega, pues las actuaciones lícitas de los demandados "*en ningún caso pueden considerarse suficientes para producir dicho daño*", se acogió la opinión de la defensa de que sería en base al artículo 1.903 CC, si bien su aplicación al caso no era posible por el carácter de "lista cerrada" de los supuestos previstos en la norma y no existir "*ninguna relación de dependencia o control* [...] *entre los demandados y los usuarios.*"[639]

5.9.2.3.1. La valoración de la Audiencia de Madrid al resolver el recurso de apelación del caso Blubster.

En el año 2014, la Audiencia Provincial de Madrid[640] resolvería el recurso de apelación interpuesto por Promusicae, Warner Music, Universal, EMI y Sony BMG contra la sentencia comentada del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, confirmando el fallo desestimatorio de la demanda. La Audiencia rechazaba la petición de nulidad parcial de las actuaciones procesales de la parte apelante y, avanzando en las valoraciones jurídicas adelantadas por el juez mercantil, abordó lo que entendía que verdaderamente podría haberse

---

636 Fundamento de Derecho Cuarto.

637 Fundamento de Derecho Quinto.

638 Fundamento de Derecho Sexto, último párrafo.

639 Fundamento de Derecho Séptimo. Entre corchetes propio.

640 Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

criticado de la sentencia apelada y que la parte recurrente no denunció en su recurso: que aquella "*detuviese sus consideraciones en la apreciación de ausencia de infracción directa de los derechos de propiedad intelectual y no diese respuesta* [...] *a la pretensión* [...] *de imputar a los demandados una responsabilidad fundada en la infracción indirecta de dichos derechos.*"[641] La cuestión era relevante, pues constituía la primera ocasión en que se estudiaba al detalle la responsabilidad de otros sujetos que, más allá de los usuarios, podían jugar un papel destacado en la infracción de derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P. Además de este primer aspecto, la Audiencia valoraba jurídicamente la naturaleza del protocolo y el *software* P2P, así como los actos de intercambio de archivos que tenían lugar mediante ellos y el diferente papel que desarrollaron los sujetos implicados en el caso MP2P, y la condición de los demandados como prestadores de servicios de la Sociedad de la Información. Todos ellos serán comentados brevemente a continuación.

En primer lugar y en cuanto a la posición jurídica de los usuarios, creadores y distribuidores de programas P2P destinados al intercambio de archivos, parte la Audiencia de la premisa obvia de que los programas P2P son herramientas tecnológicas que posibilitan de manera muy eficiente las comunicaciones de datos e información entre distintos ordenadores interconectados en red, gracias a un lenguaje informático especialmente diseñado para ello[642]. En la medida en que el contenido de los archivos objeto de transferencia no estén sujetos a derechos exclusivos de tercero o su intercambio cuente con la autorización de este, dicha actividad será lícita, mientras que, en caso contrario, la misma afectaría a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de acuerdo con los artículos 18, 20.2.i), 115 y 116 TRLPI vigentes entonces[643], no entrando en juego el límite de copia privada del artículo 31.2, respecto

641 Fundamento de Derecho Tercero. Entre corchetes propio.

642 Fundamento de Derecho Primero, número 4.

643 Anteriores a la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a la realización no consentida de copias, "*pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además, en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo*"[644]. Eran, por tanto, los usuarios que adquirían el *software* desarrollado a partir del protocolo de Pablo Soto quienes compartían archivos susceptibles de contener obras objeto de protección y quienes, de darse el caso, encajarían en la condición de infractor prevista en los artículos 138 a 140 del TRLPI. La valoración jurídica de la Sección 28ª sobre la puesta a disposición y descarga de archivos concuerda con la manifestada por las salas de lo civil de las Audiencias que resolvieron los casos de El Rincón de Jesús[645] e Índice-web[646] anteriormente comentados, en el sentido de entender que los apelados no incurrieron en ninguna de esas dos posibilidades, al no ser usuarios del *software* P2P sino tan sólo sus creadores y distribuidores, y considerarse que ponían en el mercado un producto informático "*de modo que no tienen intervención alguna en el intercambio de archivos que puede realizarse directamente entre los usuarios de dichas herramientas tecnológicas.*"[647] La Audiencia de Madrid no encontró, por tanto, posibilidad alguna de imputar al creador ni a las sociedades comercializadoras del *software* "*la comisión de infracción directa de derechos ajenos de propiedad intelectual, porque ni afectan la puesta a disposición de las obras ni tampoco realizan acto alguno de reproducción de las mismas. No encajan, por lo tanto, en la condición de infractor que está prevista en los artículos 138 a 140 del TRLPI*"[648], vigentes en el momento de interposición de la demanda.

En segundo lugar, la Sección 28ª de la Audiencia y en línea con las conclusiones del juez de primera instancia, para quien las entonces

---

644 Fundamento de Derecho Cuarto.

645 Véase el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero.

646 Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia 301/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de julio.

647 Fundamento de Derecho Quinto, de la sentencia que estamos analizando ahora.

648 Fundamento de Derecho Séptimo, penúltimo párrafo. Descartó también la Audiencia que los apelados hubiesen actuado de algún modo o manera que fuese susceptible de desproteger a los fonogramas cuyos derechos ostentaban los apelantes, de posibles medidas tecnológicas de protección, por lo que tampoco les era de aplicación el régimen previsto en los artículos 160 y 162 TRLPI.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

demandadas no intervenían en el intercambio de archivos que llevaban a cabo los usuarios de sus productos ni prestaban servicio alguno a éstos[649], la "neutralidad" del creador y las sociedades comercializadoras del *software* P2P queda acreditada en el acto del juicio y es independiente de la existencia de *gateways*, un sistema de puertas de enlace habilitado para que los usuarios de los programas Blubster, Piolet y Manolito pudiesen localizar a otros usuarios y conectarse a la red que entre ellos se creaba, pues "*no era ya* [...], *en época de presentación de la demanda, un elemento preciso para el funcionamiento de las aplicaciones informáticas*"[650].

Con la referencia a las "puertas de enlace" encaraba la Audiencia una de las cuestiones técnicas más relevantes del *software* P2P en cuestión. Un punto no abordado por el juez mercantil en su fallo y cuya ausencia de análisis permitía elucubrar hasta qué punto podría haber variado el mismo si se hubiese tenido en cuenta el papel de esas "*pasarelas de las páginas webs de las demandadas que contenían el listado de "peers" –pares o iguales–*"[651] participantes en la red P2P que sus programas informáticos creaban.

Como explica la Audiencia, la naturaleza completamente descentralizada del *software* diseñado por Pablo Soto permitía la interconexión entre los ordenadores que tenían instalado alguno de estos programas P2P, de tal modo que "*tanto para realizar búsquedas de archivos de audio como para intercambiarlos no hace falta pasar por las webs de los demandados, sino que, una vez que se han descargado la aplicación comercializada por éstos, todo el proceso de intercambio se desarrolla de modo directo entre los ordenadores de los usuarios.*"[652] Sin embargo, una vez instalado, ¿cómo era capaz el programa P2P de conocer la dirección IP de otros usuarios que usaban programas desarrollados a partir del protocolo MP2P para poder conectar con ellos y que pudiera producirse el deseado intercambio de archivos?

---

649 Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia nº 244/2011, del Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid, de 25 de noviembre, objeto de recurso.

650 Fundamento de Derecho Quinto. Entre corchetes propio.

651 Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia apelada.

652 Punto número 4, Fundamento de Derecho Primero.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La solución que la parte apelada dio a este "problema" —en realidad una consecuencia derivada de la naturaleza descentralizada del propio protocolo de Pablo Soto—, fue facilitar a los usuarios de sus productos una relación de direcciones IP de otros usuarios a las que intentar conectarse para poder acceder con éxito a la red MP2P. La manera de poner a disposición de sus clientes este valioso recurso era doble: por un lado, incluyendo el listado completo en un archivo encriptado como parte de las carpetas de instalación del *software* correspondiente; y, por otro, haciendo pública una selección de direcciones IP, las cuales eran entonces públicamente accesibles a través de las "pasarelas" localizadas en las URLs *<www.blubster.com/gateway>*, *<www.piolet.com/gateway>* y *<www.manolito.com/gateway>*.

Las direcciones IP eran recopiladas por cada una de las tres aplicaciones P2P mediante un procedimiento técnico denominado *smart caching* el cual, a grandes rasgos, consistía en realizar una copia caché de las mismas en el computador del usuario que ejecutaba el programa —lo que, conforme a las explicaciones dadas en el epígrafe 5.3.3.3.3, se denominan copias caché *locales*—, concretamente en el disco duro de su ordenador, a nivel de memoria externa, la cual se caracteriza, como sabemos, porque los datos fijados en ella no se pierden al apagarse el computador o interrumpirse el suministro de energía al circuito en el que se integran, por lo que tienen naturaleza permanente o *no volátil* y, además, son plenamente *accesibles*[653]. Mediante algún procedimiento técnico automatizado, las aplicaciones transmitían esta información y, a partir de ella, las empresas explotadoras creaban una base de datos de varios millones que, por una parte, era alojada en sus páginas web para dar soporte al sistema de puertas de enlace que hemos descrito y, por otro lado, se incluía en cada una de las tres aplicaciones en forma de archivo encriptado. Puesto que el acceso a una página web es más rápido que a una base de datos de ese tamaño, cuando Blubster, Piolet o Manolito eran puestos en marcha por primera vez, acudían a la puerta de enlace correspondiente. Posteriormente, recurriría a la copia caché local

[653] Nos remitimos a las explicaciones técnicas básicas sobre computadores y sistemas de memoria recogidas en el epígrafe 5.3.3.2 del presente trabajo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fijada en el equipo del usuario, donde se habrían registrado las direcciones empleadas con éxito y cuyo acceso era aún más rápido y permitía una conexión aún más ágil a la red MP2P.

En mi opinión, la confección, mantenimiento y puesta a disposición de una base de datos con las direcciones IP de los usuarios de los programas P2P aludidos —ese listado de *peers* al que hacía referencia la Audiencia—, se llevaba a cabo con la intención de dar apoyo a quienes usaban los programas P2P, por parte de quien les suministró el *software* en cuestión. Las puertas de enlace, si bien no eran imprescindibles para el funcionamiento del *software*, sí eran, a mi juicio, una manifestación de esa labor de auxilio o ayuda, la cual se mantenía en el tiempo tras la adquisición de alguna de esas herramientas informáticas denominadas comercialmente Blubster, Piolet y Manolito, y cuya finalidad era agilizar la conexión de los usuarios a la red MP2P. Esta actividad creo que iba más allá de la mera puesta en el mercado de un programa informático, que implicaba en cierto modo la provisión de un "servicio", similar a los que se conocen como servicios de *backup* y que permiten la conservación de datos cruciales para el funcionamiento de todo tipo de *software*, y que, sin menoscabo de los otros argumentos valorados por las sentencias de primera instancia y apelación, no permitía afirmar categóricamente la neutralidad del papel desarrollado por las sociedades distribuidoras de los programas P2P objeto del litigio, así como aseverar de manera taxativa que los usuarios compartían archivos "*valiéndose de una red operativa que no precisa de ninguna actuación de apoyo por parte de los demandados para que opere la idónea conectividad en su seno*", tal y como hizo la Audiencia Provincial de Madrid[654].

En tercer lugar y estrechamente relacionado con la parte final del punto anterior, tenemos la cuestión de si el creador del protocolo MP2P y los distribuidores del *software* P2P desarrollado en base a él estaban sujetos o no a las disposiciones establecidas en los artículos 13 a 17 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI). La Audiencia de Madrid dedica el Fundamento de Derecho Sexto de su fallo a explicar su rechazo a esta posibilidad, por no encajar la creación y distribución de estos programas

654 Fundamento de Derecho Quinto, *in fine*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

informáticos en la definición de servicios que dicho cuerpo normativo establece.

Si bien respecto del creador del protocolo MP2P, la decisión de la Audiencia fue acertada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, no creo que pudiera afirmarse de manera categórica lo mismo respecto de las empresas que comercializaban Blubster, Piolet y Manolito, los programas P2P de intercambio de archivos desarrollados a partir del protocolo creado por Pablo Soto. Disiento, por lo tanto, con el parecer de la Audiencia en este punto concreto.

Los servicios de la Sociedad de la Información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea, desde la venta de mercancías a la comercialización *online* de programas informáticos, la cual llevan a cabo las sociedades objeto del procedimiento en cuestión, por lo que no cabe sino inferir que necesariamente su condición, en atención a la actividad económica que desarrollan en el ámbito digital, es precisamente la de prestadores de servicios. Como categoría particular dentro de los prestadores de servicios, la LSSI establece que tendrán la condición de intermediarios, aquellos que presten un "*servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información*"[655], siendo en todo caso, servicios de intermediación los supuestos arquetípicos recogidos en los artículos 14 a 17. En la medida en que quien ofrece directamente al público un determinado *software* a través de Internet no se dedica a facilitar el acceso a esta red de telecomunicaciones, ni a transmitir o alojar datos proporcionados por los usuarios, ni tampoco a suministrar herramientas de búsqueda[656], no parecía posible decir que los distribuidores del *software* P2P desarrollado a partir del protocolo MP2P pudieran ser considerados intermediarios, pues son ellos los que prestaban un servicio directamente, lo cual acertadamente sí establece de manera meridiana la Audiencia. No son, por lo tanto, prestadores intermediarios sino prestadores de servicios *finales*.

---

655 Apartado b) del Anexo de la LSSI.

656 En contra de lo que pensaba en ese momento una parte de nuestra doctrina, tal y como explicaba, en resumen, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes 'peer to peer' (P2P)», *op. cit.*, págs. 44 a 48.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En su condición de prestadores de servicios *no intermediarios*, las sociedades distribuidoras de programas MP2P estaban sujetas a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, conforme a lo establecido en el artículo 13.1 LSSI. Es decir, responderían en la medida en que existiese una norma sustantiva sobre la que se pudiera haber fundado dicha responsabilidad, bien "*por razón de dicha conducta (responsabilidad por hecho propio),* [...] *bien* [porque dicha norma de imputación de responsabilidad] *obliga a ese prestador a responder de los actos ilícitos de un tercero (el usuario) en atención a las circunstancias concurrentes y, en particular, en consideración a la relación que media entre el prestador y el tercero autor del acto ilícito (responsabilidad por hecho ajeno).*"[657]

A mi entender, los distribuidores de Blubster, Piolet y Manolito, los programas P2P de intercambio de archivos desarrollados a partir del protocolo creado por Pablo Soto, en su calidad de prestadores de servicios *no intermediarios* o finales, parece que realizaban *directamente* una serie de actividades adicionales destinadas a facilitar el buen funcionamiento del *software* que comercializaban —*esas labores de confección, mantenimiento y puesta a disposición de una base de datos con las direcciones IP de los usuarios de sus programas P2P a las que me he referido, cuyo fin no era otro más que facilitar o garantizar un acceso más rápido a la red MP2P y un uso más ágil del software por parte de quien se lo suministró*—, entre las cuales, quizás se incluyese la comunicación periódica, automatizada y desarrollada sin conocimiento de los usuarios, entre el *software* que se hubiesen instalado y las distribuidoras del mismo, a fin de ir actualizando o purgando aquellas direcciones IP obsoletas o inactivas.

De haber sido éste el caso y de haberse podido probar debidamente por la parte demandante, creo que no hubiera sido descabellado pensar que en alguna de las dos instancias se abriría el debate de la hipotética existencia de alguna responsabilidad directa desde la óptica del artículo 1.902 CC y, quien sabe, quizás una vía para el resarcimiento del daño, mediante la prueba de su existencia,

657 M. PEGUERA POCH Y M. TARRÉS VIVES, *op. cit.*, pág. 350. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

así como la de una acción u omisión antijurídica y la necesaria relación de causalidad entre ambos requisitos pues, como apuntaba XIOL RÍOS, una posible acción de responsabilidad extracontractual fundada en el artículo 1.902 CC coexiste con la responsabilidad contractual y la regulada en la LSSI[658].

En cuarto y último lugar dentro de nuestro breve análisis de los puntos más relevantes del fallo de la Audiencia, la Sección 28ª entró a examinar, en el Fundamento de Derecho Octavo, la posible responsabilidad de los demandados por infracción indirecta de los derechos de las recurrentes. Entendiendo por infracción indirecta la inducción o contribución consciente a la actividad infractora de un tercero y partiendo de la ausencia de su regulación legal en nuestro ordenamiento, en lo que respecta a la propiedad intelectual, la Audiencia rechazó la extracción de una doctrina general de esta figura en el sistema jurídico español proveniente de los artículos 160.2, 162.1 o 102.c TRLPI, conforme a la redacción vigente entonces, así como la existencia de doctrina jurisprudencial relevante que la avalase.[659] Sí se reconoció la relevancia conceptual, si bien no aplicable a este caso concreto, ni siquiera por analogía, del artículo 51 de la entonces vigente Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, norma similar a la contenida en el cuerpo normativo equivalente en esta materia en Estados Unidos y que permitió al Tribunal Supremo norteamericano condenar a la sociedad responsable de poner en el mercado el *software* P2P Grokster[660]. Sin embargo, la Audiencia excluye la traslación a nuestro ámbito de dicha teoría de *secondary liability* y otras parecidas[661], concluyendo su estudio del elemento que subyacía en el fondo del litigio afirmando que "*sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, lo que depende de un designio del poder legislativo* [...], *resulta complicado que pueda encontrarse un soporte*

---

658 Cfr. J. A. XIOL RÍOS, «El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del derecho civil», en X. O'CALLAGHAN (coord.) *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, *op.* cit., págs. 271 a 273.

659 Fundamento de Derecho Octavo, párrafos segundo, tercero y sexto *in fine*.

660 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios* v. *Grokster, Ltd.*, (04-480), 545 U.S. 913 (2005).

661 Fundamento de Derecho Octavo, párrafo cuarto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

jurídicamente sólido [...] *para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito*."[662]

La respuesta a esta "petición" de una nueva previsión legal que tipificase la cooperación o complicidad llegaría poco más de seis meses más tarde, con la modificación que el número diez del artículo primero de la Ley 21/2014[663], haría de la redacción del artículo 138 TRLPI sobre acciones y medidas cautelares urgentes, en el sentido de añadir un nuevo segundo párrafo que, tras su entrada en vigor el 1 de enero de 2015, reconocería la responsabilidad por cooperación en la infracción ajena en los siguientes términos:

> "Tendrá también la consideración de responsable de la infracción *quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor*. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación."[664]

5.9.2.4. Resoluciones relativas al ejercicio de acciones de suspensión del servicio de acceso del artículo 139.1.h) TRLPI.

El Título Primero del Libro III de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, conforme a la redacción dada por el Real Decreto 1/1996 (TRLPI), tras la aprobación de las reformas avanzadas por la Ley

---

662 Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia apelada.

663 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

664 Resaltado propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

19/2006[665] y formalmente introducidas por la Ley 23/2006[666], establece cuales son las acciones y procedimientos legalmente establecidos para la protección de estos derechos.

Uno de estos remedios al alcance de los titulares es la modalidad de cese de la actividad ilícita prevista en la letra h) del número 1 del artículo 139: la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual. El ejercicio de esta medida de tutela judicial civil, de naturaleza no indemnizatoria, es compatible con cualesquiera otras que correspondan al titular de derechos contra el infractor y se inicia mediante demanda al concreto prestador de servicios intermedios ante el Juzgado Mercantil jurisdiccionalmente competente. El artículo 141.6 TRLPI permite esta solicitud de suspensión de servicios como medida cautelar previa a la presentación de la correspondiente demanda, para la protección urgente de los derechos afectados, cuando ésta esté teniendo lugar o cuando exista temor racional y fundado de que vaya a producirse de modo inminente. Con carácter garantista, el artículo 138 TRLPI exige que tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 deberán ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

La acción frente a los intermediarios introducida por el legislador español a la hora de transponer la Directiva 2001/29[667] fue más allá de la inicialmente establecida por el comunitario pues, además de permitir su ejercicio como medida cautelar, es decir, lo previsto específicamente en el artículo 8.3 DDASI, el español habilitó la petición de suspensión de servicios como pretensión principal a través

---

665 Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. Boletín Oficial del Estado, núm. 134, de 6 de junio de 2006.

666 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Boletín Oficial del Estado, núm. 162, de 8 de julio de 2006.

667 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI). Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

del artículo 139.1.h) TRLPI, en los términos descritos en el párrafo precedente.

La acción de suspensión del servicio de acceso a Internet fue promovida sin éxito por la parte actora del caso El Rincón de Jesús. Su petición como medida cautelar fue desestimada por el Juez Mercantil a través del correspondiente auto, dada la ausencia de apariencia de buen derecho y, particularmente, "*un incorrecto planteamiento de la relación jurídico procesal pues la suspensión del servicio de Internet solicitado por la demandante, requiere la presencia en juicio del prestador de servicios*"[668]. A la hora de resolver el recurso de apelación contra la posterior sentencia desestimatoria de primera instancia, que incluía la correspondiente petición de suspensión de servicios al amparo del 139.1.h) TRLPI, la Audiencia Provincial especificó que "*hubiera sido preciso que la acción de cesación se hubiera fundado en la infracción de terceros y como medio para impedir que persista, y no, como se hace en la demanda, como medio para impedir la prolongación de la denunciada actividad infractora del demandado.*"[669] La Audiencia es clara en este punto: puesto que la acción de suspensión se dirige contra el prestador de servicios, éste debe ser parte del procedimiento; rechazándose el uso la vía del 139.1.h) como medida frente al infractor para obtener subrepticiamente el cese de la actividad ilícita.

5.9.2.4.1. El caso R.

Mucho más polémica y en cierto modo sorprendente, fue la decisión emanada en 2013 de la misma Sala de la Audiencia de Barcelona en el conocido como caso R[670]. La sentencia de instancia[671] desestimaba la demanda presentada por la asociación de Productores de Música de España (PROMUSICAE) y cinco compañías

---

668 Auto 138/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 2 de julio. Fundamento de Derecho Segundo, número 2, párrafos quinto y sexto.

669 Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico Quinto, párrafo cuarto.

670 Sentencia 470/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de diciembre.

671 Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 11 de julio de 2012, en los autos del juicio ordinario nº 1019/2010.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

discográficas contra R Cable y Telecable Telecomunicaciones, interesando, al amparo de los artículos 138 y 139.1.h) TRLPI, la suspensión *de forma inmediata y definitiva* de la prestación del servicio de acceso a Internet a uno de sus clientes quien, desde la dirección IP número 213.60.28.13 y usando un programa P2P bajo el pseudónimo "nito75", compartía unos cinco mil archivos de audio, entre ellos tres conteniendo fonogramas protegidos y cuyos derechos ostentaban las demandantes; al entender que no se había acreditado que la conducta del usuario fuese ilícita pues "*el sistema de enlace links que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone distribución, ni reproducción ni comunicación pública*" y, lo que realmente se estaba produciendo era un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro, a través de Internet[672].

Al tiempo que corrige el desatino del juez mercantil de no apreciar que "nito75" "*no dispone de una web de enlaces, sino que es un usuario de programa P2P que ha puesto a disposición del resto de usuarios, en una carpeta compartida de su ordenador, 5.097 grabaciones sonoras para que éstos puedan descargárselas*"[673], la Audiencia establece que la fijación, primero, de dichas obras musicales en el disco duro del ordenador del usuario cuyo acceso a Internet se pretende, a partir de los fonogramas originales publicados por las compañías discográficas titulares de derechos de propiedad intelectual, constituye un acto de reproducción, y segundo, que su puesta a disposición a través de la carpeta compartida asociada al programa P2P que usa "nito75" constituye comunicación pública, actos ambos cuya autorización correspondía en exclusiva a los productores fonográficos en cuestión, por lo que no cabe más que concluir que la actividad realizada por el usuario bajo dicho *nickname* es ilícita[674]. Por todo ello, la Audiencia estima el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y acoge íntegramente la demanda, condenando a R Cable y Telecable Telecomunicaciones, en rebeldía procesal, "*a que suspenda de inmediato y de forma definitiva la*

672 Fundamento Jurídico Segundo, párrafos uno y dos, de Sentencia 470/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de diciembre.

673 Fundamento Jurídico Quinto, último párrafo.

674 Fundamento Jurídico Sexto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

prestación del servicio de acceso a Internet al usuario que utiliza el nickname «nito75»."

La valoración jurídica que de los actos del usuario del *software* P2P hace la Audiencia de Barcelona es coherente con la línea marcada en sus sentencias dictadas durante 2011 en los ya analizados casos de El Rincón de Jesús e Índice-web. Sin embargo, tal y como ha señalado PEGUERA POCH[675], choca que el fallo no incluyese ninguna valoración sobre la adecuación de la medida a los criterios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que establece el artículo 138 TRLPI, especialmente porque esa misma Sala sí lo hizo al considerar si procedía ordenar la cesación de los servicios que alojamiento que recibía la página web de El Rincón de Jesús, como medida complementaria a la condena al titular de la misma a indemnizar a la parte actora por las 25.200 descargas directas de obras protegidas a lo largo de un período de 18 meses, concluyendo que a la vista de la conducta enjuiciada, en ese caso, la medida no parecía proporcionada[676]. Siendo la suspensión del servicio de alojamiento de una página web una medida menos drástica que la suspensión de acceso de un usuario a Internet, la Audiencia no plasma en la sentencia del caso R juicio alguno de valoración sobre la medida respecto de la cual, por imperativo legal, debería necesariamente haber reflexionado e incluir mínimamente algún tipo de conclusión al respecto en su fallo.

La decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso R es única por el número elevado de problemas que tanto su contenido como su ejecución presentan[677]. Desde una perspectiva teórica, la ausencia en el procedimiento del usuario contra el que se dicta una medida de suspensión de un servicio casi esencial como es el de acceso a Internet, en unos términos tan taxativos —ni más ni menos que *de forma definitiva*—, es generadora de una situación de

---

675 M. PEGUERA POCH, *Obligan al proveedor de acceso a suspender el servicio a un usuario por compartir archivos en P2P*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 20 de enero de 2014. <*https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2014/01/20/138lpi*>

676 Sentencia 83/2011. de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos tercero y quinto.

677 Véase, en general, M. HUSOVEC AND M. PEGUERA, «Much Ado about Little — Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions». IIC, number 46 (2015), págs. 21 a 35.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

indefensión, potencialmente vulneradora de principios clave como son la tutela judicial efectiva y el de contradicción, pero también susceptible de socavar determinados derechos fundamentales y libertades públicas, como el derecho a la libertad de expresión y a la protección de datos de carácter personal, a la luz de lo que establece, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y del fallos anteriores en el tiempo al caso R, emanados tanto desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[678].

Desde una perspectiva pragmática, estrictamente práctica, la condena impuesta a la operadora de acceso a Internet resultaba de imposible cumplimiento, pues la Audiencia limitó la medida de suspensión del servicio "*al usuario que utiliza el nickname «nito75»*", lo cual constituye solo un apodo susceptible de individualizar a un usuario dentro del conjunto de aquellos que comparten archivos usando un determinado *software* P2P, pero no identifica a la persona física o jurídica con la que la operadora R tiene relación comercial. En este sentido, la omisión de la dirección IP desde la cual "nito75" accedía a Internet en la parte dispositiva resulta difícilmente justificable, toda vez que la parte actora la había especificado en su escrito de demanda, estableciendo correctamente el vínculo entre el infractor de sus derechos y la empresa prestadora del servicio de acceso[679], y el avanzado conocimiento que del fenómeno P2P la Audiencia de Barcelona había acreditado tener hasta ese momento.

5.9.2.4.2. El caso ExVagos.

Las posibilidades del artículo 139.1.h) TRLPI se volvieron a poner a prueba en el año 2016, dentro del marco del procedimiento iniciado por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) contra siete operadoras de acceso a Internet, entre ellas Orange, Telefónica y Vodafone, a los efectos de obtener la suspensión de los servicios prestados por estos intermediarios a la

678 Aspecto que ya hemos tocado en el Capítulo Tres del presente trabajo, en la parte final del epígrafe 3.3.2.3.2, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

679 Y así lo refleja la Audiencia en el Fundamento Jurídico Primero, hechos 3º, 4º y 5º.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

página de descargas directas <exvagos.com> e impedir el acceso a la misma desde España.

Tras considerar acreditada la infracción de derechos de propiedad intelectual por parte de la página web objeto de la pretendida suspensión de servicios[680], el Juez de primera instancia entra a valorar el motivo principal de oposición de las demandadas y peculiaridad del procedimiento que analizamos: si procede conceder la medida de cesación específica contemplada en el 139.1.h) TRLPI "*sin demandar ni dirigir la reclamación contra el infractor. En suma, sin exigir de forma previa una declaración de infracción contra el autor material y directo, en este caso, del titular de la página web.*" Su conclusión es que sí es posible dirigir la acción de cesación contra los proveedores de servicios, sin necesidad de demandar simultáneamente al autor directo de la infracción, siempre y cuando, como en ese caso concreto, el actor demuestre la infracción de sus derechos de propiedad intelectual[681].

A continuación, el juez mercantil llevó a cabo el juicio de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que establece el artículo 138 TRLPI respecto de la medida solicitada por AGEDI, la cual se articuló en los siguientes términos, interesando que se condenase a las demandadas a que

> "1. Adopten, en el plazo improrrogable de 72 horas después de recibir la sentencia estimatoria de la presente demanda, todas las medidas necesarias, y realicen todas las gestiones precisas, para impedir de manera real y efectiva el acceso, desde el territorio español, a la web infractora www.exvagos.com.
> 2. Informen al tribunal y a la actora, de manera inmediata, y de forma clara y comprensible, de las medidas y gestiones mencionadas en el apartado anterior, una vez hayan sido adoptadas.

680 Sentencia 219/2016 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 25 de julio. Fundamento de Derecho Cuarto.

681 Fundamento de Derecho Sexto, párrafo 19.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> 3. Mantengan las medidas adoptadas hasta que acrediten ante el tribunal el restablecimiento de la legalidad o, en todo caso, hasta el transcurso de un año desde su adopción."[682]

A estos efectos, la primera instancia considera que la medida "*tiene un cierto carácter limitado, en tanto que,* [...] *se podrá acceder a la página web desde otros operadores contra los que no se ha dirigido la demanda*" y "*parece proporcionada desde el punto de vista material y temporal*" pues, en el primer plano, solo pretende "*que no se posibilite el acceso a la misma* [y] *resulta adecuada a la gravedad de la infracción*", y, en el segundo, "*el ámbito temporal también es relativo en cuanto que se ciñe a un año o antes, si se acreditara el restablecimiento de la legalidad. En aplicación analógica a lo previsto en los artículos 22.3 del RD 1889/2011 de 30 de diciembre* [por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual], *en cuanto al cese en 72 horas y al artículo 24.4 del mismo RD, en cuanto al año de duración o cuando se restablezca la legalidad.*"[683] Por todo ello, se estima la demanda en su integridad, condenando a las siete operadoras a implementar la medida de bloqueo de acceso reproducida *supra*.

Del recurso de apelación conoció, una vez más, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona[684]. Al confirmar la sentencia apelada, la Audiencia desgranó punto por punto los motivos de apelación, de entre los cuales hay que destacar cuatro como principales. El primero de ellos versaba sobre la existencia de un obstáculo procesal insalvable para condenar a las operadoras de acceso, al no haberse solicitado, previamente, la declaración de infracción por parte del titular de <exvagos.com> y sin haberse realizado tampoco pronunciamiento infractor alguno. Para la Audiencia, en los autos "*se acredita de modo eficiente la realidad de la infracción*" y el examen de la prueba pericial "*sí permite concluir que la página exvagos.com facilita el acceso a contenidos y habilita un sistema de intercambio de archivos que infringe derechos de*

---

682 Antecedente de Hecho Primero.

683 Fundamento de Derecho Sexto, párrafo 20. Entre corchetes propio.

684 Sentencia 115/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de julio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

propiedad intelectual"; remachando que los "*codemandados no cuestionan la realidad de la infracción, acuden a argumentos procesales para eludir posibles responsabilidades.*"[685]

El segundo motivo de apelación relevante fue la alegación de excepción de litisconsorcio pasivo, al no haber sido llamado a las actuaciones el administrador de la página <exvagos.com>, la cual es desestimada pues no hay ninguna norma ni en el TRLPI ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil "*que determine la exigencia de ser llamado al pleito el presunto infractor, basta con que quede acreditada suficientemente la existencia de un comportamiento infractor*"[686] para el ejercicio de acciones directamente frente a los intermediarios a cuyos servicios acuda éste para la infracción de derechos de propiedad intelectual.

El tercer y último argumento traído por las apelantes fue error en la valoración de la prueba que determinó la aplicación del artículo 138 TRLPI, en la medida en que la sentencia de instancia no justificaba ni motivaba de modo suficiente la medida adoptada, la cual las recurrentes consideraban discriminatoria y no proporcionada. Al examinar este motivo de apelación, la Audiencia hizo un somero repaso de aquellas decisiones comunitarias relativas a casos conocidos y relacionados con el ejercicio de la acción de cesación dirigida frente a los prestadores de servicios intermedios, en particular, a las conclusiones del Abogado General en el caso Ziggo/XS4ALL[687] y a las sentencias del TJUE en los asuntos Scarlet Extended[688] y Telekabel[689], para concluir que, pese a que la medida solo se dirige a determinados operadores y no a todos los que operan en territorio español, no convierte a la medida en ineficaz ni tampoco en discriminatoria, pues dirigirse a los más representativos garantiza una

---

685 Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos 23 y 24.

686 Fundamento Jurídico Sexto, párrafos 27 y 28.

687 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2017. Asunto C-610/15. *Stichting Brein* contra *Ziggo BV y XS4All Internet BV.*

688 Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011. Asunto C-70/10, en el procedimiento entre *Scarlet Extended SA* y *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).*

689 Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014. Asunto C-314/12, en el procedimiento entre *UPC Telekabel Wien GmbH* contra *Constantin Film Verleih GmbH* y *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

eficacia razonable de la medida. Finalmente, "*el dejar en mano de los intermediarios la decisión de establecer los medios de cese que puedan ser más eficaces y, a su vez, menos invasivos desde un punto de vista técnico*", como se hace en la demanda y da por bueno el Juez mercantil, no supone contravenir el principio de proporcionalidad, sino precisamente adecuarse al mismo[690].

5.9.2.4.3. Los casos HDFull y Telefónica Audiovisual.

Pese a no tener relación con actividades relacionadas con el intercambio de archivos a través de redes P2P, sino con páginas o sitios de Internet desde los cuales se facilitaba el acceso mediante *streaming* a contenidos protegidos, es necesario hacer aquí una rápida mención a dos fallos pronunciados por nuestros tribunales en el marco de procedimientos civiles instados al amparo del artículo 139.1.h) TRLPI y que tienen como peculiaridad la posibilidad de ajustar de manera *dinámica* la efectividad de las medidas de cesación[691].

El primero de ellos es la sentencia de 2018 pronunciada por el Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona en el conocido coloquialmente como "caso HDFull"[692], en cuyo número 3 de su fallo ordenaba a las principales operadoras de acceso a Internet

> "que bloqueen o impidan, poniendo en práctica de manera inmediata las mejores medidas técnicas y las gestiones que ellos consideren adecuadas para terminar o reducir significativamente, de manera real y efectiva, el acceso de sus clientes desde el territorio español a las [páginas web demandadas bajo sus nombres de dominio principales], *incluyendo también otros dominios, sub-dominios y direcciones IP cuyo exclusivo o principal propósito sea facilitar acceso a dichas páginas web, tales como páginas web que sirvan para eludir o evitarlas medidas de bloqueo y permitir el acceso a los usuarios desde el territorio español.*"[693]

---

690 Véase el Fundamento Jurídico Séptimo, especialmente el párrafo 40.

691 Téngase en cuenta el marco general sobre medidas de bloqueo dictadas en sede judicial consistentes en impedir el acceso a sitios web y páginas infractoras de derechos, explicado en el epígrafe 3.3.3.4.2 del Capítulo Tercero.

692 Sentencia 15/2018 del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona, de 12 de enero.

693 Énfasis y entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Adicionalmente, el número 4 de la sentencia ordenaba a las empresas proveedoras de servicios de acceso a Internet condenadas que informasen al tribunal y a la parte actora "*de manera inmediata una vez que hayan sido adoptadas, de cuales han sido las medidas técnicas y las gestiones realizadas a tenor de lo ordenado en el apartado 3 anterior.*"

El segundo fallo relevante que traemos aquí a colación es el emitido a principios de 2020 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid [694]. En este caso la parte demandante era Telefónica Audiovisual Digital y la demandada la constituían un total de nueve operadoras de servicios de acceso a Internet, entre ellas varias mercantiles parte del mismo grupo empresarial de la demandada y la gallega R Cable y Telecable Telecomunicaciones. La condena de conformidad obligaba a estas operadoras a la suspensión de los servicios intermedios prestados a los responsables de más de cuarenta dominios, páginas web y sitios de Internet con dirección IP asignada, un perfil de la red social Facebook y 6 URLs sin dirección IP, dedicadas a la retransmisión ilegal de acontecimientos deportivos, como medida de protección de derechos afines o conexos con el derecho de autor[695], debiendo garantizarse el bloqueo efectivo a todas ellas en tres fases independientes. Respecto a la primera de ellas, el fallo de la sentencia *ordena el bloqueo*

> "del acceso a las webs piratas identificadas a continuación en la presente resolución [...] en toda su identificación como recurso web (URLs, Dominios, Direcciones IP), y bajo acceso en protocolos HTTP y HTTPs, *en el plazo máximo de setenta y dos (72) horas desde la notificación de la Sentencia del presente proceso.*"[696]

---

694 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 11 de febrero de 2020, en los autos del juicio ordinario nº 2174/2019.

695 Descartando la posibilidad de que un espectáculo deportivo pueda ser considerado obra o prestación literaria, artísticas o científica, véase la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, nº 546/2022, de 2 de junio.

696 Resaltado y entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En una segunda fase, el juez mercantil obliga a que los proveedores de acceso *comuniquen la efectiva ejecución del bloqueo* al titular de derechos demandante, así como el

> "*día, hora, minuto de ejecución del bloqueo en cada recurso web.* [...] sin perjuicio de su suspensión del bloqueo en el caso de acreditarse que el recurso web objeto de bloqueo está deshabilitado en Internet, al no facilitar contenido ilícito."[697]

Por último y como tercera fase, *se obliga adicionalmente a las condenadas a bloquear*

> "*el acceso a las webs piratas que Telefónica Audiovisual Digital identifique semanalmente relacionadas con las identificadas* en el punto sexto de los antecedentes de hecho, [...] *en el plazo máximo de tres (3) horas desde la notificación de nuevo listado.* El listado de actualización semanal se remitirá de forma general en envío simultáneo a todas las Operadoras de acceso a Internet, para preservar la homogeneidad en su ejecución."[698]

Las obligaciones establecidas en la segunda y tercera fase, relativas a la comunicación y a la posible actualización *dinámica* del bloqueo, extendiendo la medida adoptada a los nuevos dominios, páginas o recursos de Internet que puedan potencialmente habilitarse para eludir su efectividad están sujetas "*a la duración de tres temporadas deportivas, es decir, hasta el 25 de mayo de 2022.*"

La principal cuestión a resaltar entre la sentencia del caso HDFull y la condenatoria de conformidad en el caso Telefónica Audiovisual es que, precisamente, por haberse allanado la parte demandada a todas las pretensiones de la actora, la sentencia del caso Telefónica Audiovisual incluye escasos fundamentos jurídicos en su resolución y no plasma, negro sobre blanco, las acciones exactas alegadas por la demandante, si bien, a mi entender y a la vista de los términos del fallo que hemos desglosado, lo más probable es que una de ellas, sino la principal, fuese el cese de la actividad ilícita previsto en el 139.1.h)

---

697 Resaltado y entre corchetes propio.

698 Resaltado y entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TRLPI. De ser ese el caso, se nos ha privado de conocer la necesaria valoración que el artículo 138 TRLPI exige que realice el órgano jurisdiccional competente en relación con las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) para garantizar que las mismas son objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

Y en este supuesto, el conocer el resultado del juicio de proporcionalidad del juez de instancia era relevante, máxime en lo relativo a la tercera fase de la orden de suspensión de los servicios prestados por los intermediarios, pues, como apunta ROYO PÉREZ, permite a la demandante ejecutar el fallo periódicamente durante tres años[699] —salvo que se acredite el restablecimiento de la legalidad en los términos establecidos en la fase segunda—, pues se aparta de la línea jurisprudencial seguida en resoluciones anteriores en el tiempo y dictadas en instancias superiores, como la sentencia de la Audiencia de Barcelona en el caso ExVagos[700], que se guían por el plazo máximo de un año establecido en el artículo 24.4 del Real Decreto 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Durante ese período de tres años y sin supervisión judicial alguna, los proveedores de acceso condenados están obligados a bloquear aquellos nuevos recursos de Internet, incluyendo perfiles en redes sociales y similares sin dirección IP asignada, *que la demandante identifique semanalmente como vinculadas con las infractoras incluidas en el escrito de demanda, en un plazo máximo de tres horas*. Cierto es que las demandas al allanarse, aceptaron someterse a dicha obligación, sin embargo, el dejar en manos de la parte actora la potestad de decidir unilateralmente qué nuevas páginas, sitios de Internet o perfiles en redes sociales son continuadores de las infractoras originales tiene un sesgo más subjetivo que objetivo y el permitir el envío de hasta unas cincuenta actualizaciones anuales a implementar en un plazo máximo de tres horas, parece una carga merecedora de algún comentario por parte del juez mercantil en el

699 V. ROYO PÉREZ, «Las diferentes vías para la protección de los derechos de Propiedad Intelectual en Internet». DIARIO LA LEY, nº 9584, 2 de marzo de 2020.

700 Sentencia 115/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de julio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sentido de confirmar su proporcionalidad en relación al fin que se pretende obtener con la medida.

5.9.2.5. El caso Sharemula.

El caso que vamos a explicar a continuación fue el primero en España en declarar al administrador de una página de enlaces P2P como responsable de la infracción de derechos de propiedad intelectual, por la comunicación pública no autorizada de obras protegidas mediante la puesta a disposición de dichos hipervínculos, estableciéndose como indemnización a abonar a la sociedad colectiva demandante la suma de 2.354.250 euros, resultado de las 429.626 descargas acreditadas de álbumes discográficos que efectuaron usando la tecnología P2P los visitantes de <sharemula.org> (en adelante, "Sharemula") en el período de tiempo comprendido entre enero de 2009 a marzo de 2011, a razón de 5,48 euros por álbum.

El fallo se pronunció en 2017 por la Audiencia de Madrid[701], tras una sentencia desestimatoria procedente del Juzgado Mercantil al que fue turnado el asunto[702] en 2013, siendo particularmente significativo que la persona titular de Sharemula había sido absuelta anteriormente en la vía penal, tanto en primera[703] como en segunda instancia[704]. En el marco del proceso civil, la Audiencia toma la resolución condenatoria avanzada después de valorar cuatro cuestiones significativas.

La primera de ellas es la relevancia de las actuaciones penales a la hora de enjuiciar los hechos de la parte demandada desde la óptica del procedimiento civil. Tanto la doctrina de referencia del Tribunal Supremo[705], como la del Tribunal Constitucional[706], no impiden que

---

701 Sentencia 550/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de diciembre.

702 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 22 de julio de 2013, en los autos del juicio ordinario nº 793/2011.

703 Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2007, decretando el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias previas 1089/06.

704 Auto 582/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de 11 de septiembre.

705 Sentencia 532/2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 19 de septiembre.

706 Sentencia 109/2008 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 22 de septiembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en jurisdicciones diferentes se alcancen resoluciones con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes, siempre y cuando se respeten los hechos declarados como probados en las resoluciones firmes dictadas por los tribunales de la otra jurisdicción, de modo que solo quepa el separarse o no tener en consideración tales hechos cuando se expongan por parte del tribunal disidente las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. En este caso concreto, la Audiencia consideró que no había razón para apartarse de los hechos relativos a la actividad desarrollada a través de la página de Sharemula y que fueron apreciados tanto por el juez instructor como por la Sala 2ª de esa misma Audiencia Provincial: que en ella no se alojaban archivos ni se realizaban directamente descargas de obras protegidas, sino que se limitaban a facilitar enlaces, "direcciones" a terceros sitios desde los que sí era posible descargárselas[707]. No apartándose de los hechos declarados probados en la jurisdicción penal, la Audiencia podía, en consecuencia, enjuiciarlos y alcanzar una calificación en el plano jurídico civil diferente a aquella, pues

> "partiendo de la actividad que realiza Sharemula, el Tribunal no está vinculado por la calificación que desde el punto de vista jurídico pudiera efectuarse, al margen de las particularidades que resultan de los propios elementos del tipo penal. Esto resulta especialmente relevante respecto de la aplicación a tales hechos del concepto de comunicación pública, que es un concepto jurídico."[708]

El segundo punto relevante que valora la Audiencia, una vez rechazada la posibilidad de declarar la responsabilidad *indirecta* del administrador de Sharemula por *cooperar* en las infracciones de derechos que realizaban quienes descargaban obras protegidas mediante los enlaces eD2k que se hacían públicos en su página web, *puesto que la Ley 21/2014 y el ya mencionado nuevo párrafo segundo del artículo 138 TRLPI, no había entrado en vigor a la fecha de*

[707] Sentencia 550/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de diciembre. Fundamento de Derecho Segundo, párrafos 18 y 19.

[708] Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 19 *in fine*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

interposición de la demanda[709]; es si cabe deducir responsabilidad por infracción *directa*, analizando las conductas que, con su actividad de provisión de enlaces, la administradora de Sharemula permite, desde la perspectiva del concepto de comunicación pública entonces existente[710].

Para ello el Tribunal parte, primero, de la caracterización que de esta figura jurídica se hace en la Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo y del Consejo[711], cuyo considerando 23 señala que el derecho de comunicación pública "*debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación*"; apoyándose en las decisiones del TJUE que así lo sostienen, con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la DDASI, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor, como fueron las dictadas en los asuntos Svensson[712], GS Media[713], Filmspeler[714] y Ziggo/XS4ALL[715]. En segundo lugar, la Audiencia repasa las distintas fases del proceso de modulación jurisprudencial que ha tenido lugar desde Svensson —no se encuentra sujeto a autorización aquel acto de comunicación pública que no comunica la obra protegida a un público "nuevo", sino al mismo que fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación

---

709 Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 21.

710 Fundamento de Derecho Segundo, párrafos 22 y 23.

711 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 167, 22 de junio de 2001 (en adelante, DDASI).

712 Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, en el Asunto C-466/12, en el procedimiento entre *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd* y *Retriever Sverige AB*. Párrafo 17.

713 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2016, en el Asunto C-160/15, en el procedimiento entre *GS Media BV* y *Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*. Párrafo 30.

714 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 26 de abril de 2017, en el Asunto C-527/15, en el procedimiento entre *Stichting Brein* y *Jack Frederik Wullems*, que también actúa bajo el nombre de «Filmspeler». Párrafo 27.

715 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-610/15, en el procedimiento entre *Stichting Brein* y *Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*. Párrafo 22.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

inicial[716]—, pasando por GS Media —en presencia de ánimo de lucro, se debe presumir que el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una "comunicación al público"[717]—, y por Filmspeler —cuando, *con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento*, alguien pone a disposición de sus usuarios un recurso que permite establecer una conexión directa entre los sitios de Internet que difunden obras "pirateadas" y aquellos, sin el cual estos últimos difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas; y, *por medio de estructuras de menú, ofrece a sus usuarios un acceso directo a obras protegidas publicadas sin autorización* de los titulares de los derechos de autor, ello debe considerarse un acto de comunicación en el sentido de la DDASI[718]—, hasta llegar a Ziggo/XS4ALL —cuando mediante la puesta a disposición y la gestión de una página de enlaces que permiten el acceso a contenidos protegidos, los administradores intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a dichas obras, *indexando y catalogando los enlaces que permiten a los usuarios de ésta localizar esas obras y facilitan el compartirlas en una red P2P*, puede entenderse que desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras, debiendo considerarse tales actividades un acto de comunicación en el sentido de la DDASI[719]—.

Por lo tanto, conforme al concepto amplio de comunicación pública existente en la normativa comunitaria y a la jurisprudencia apuntada, se puede concluir que *quien mediante cualquier acto proporciona a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede estar realizando un acto de comunicación, incluyendo a quien*, como en Sharemula, *administra una página de enlaces que permite a sus usuarios localizar archivos con los contenidos que desean en los equipos de otros usuarios*[720].

---

716 Asunto Svensson, párrafos 24 a 31.

717 Asunto GS Media, párrafo 51.

718 Asunto Filmspeler, párrafos 41 y 42.

719 Asunto Ziggo/XS4ALL, párrafos 36 a 39.

720 Sentencia 550/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de diciembre. Fundamento de Derecho Segundo, párrafos 22 *in fine*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La tercera cuestión significativa que permite a la Audiencia alcanzar una resolución condenatoria parte del punto anterior para analizar si los actos de comunicación que tienen lugar en Sharemula tienen como destinatario un público y, de ser así, si este es nuevo. A ambas cuestiones responde la Audiencia en positivo, por constituir potencialmente y como mínimo todos los usuarios de Sharemula un número considerable de personas; y por no haber sido tomado en consideración dicho público —es decir, ni el conjunto de usuarios de Sharemula ni los de la red eDonkey en la que se intercambiaban los archivos a los que dirigían los enlaces eD2k publicados en ella—, por los titulares de derechos cuando autorizaron la comunicación inicial de las obras. Hay, en consecuencia, una comunicación a público nuevo de obras protegidas sin autorización, acompañada de la presencia debidamente acreditada de ánimo de lucro, lo cual, concluye la Audiencia, representa una actividad ilícita[721].

Finalmente y como cuarto elemento capital, la Audiencia consideró que, a la vista de los hechos probados, "*la demandada no podía ignorar razonablemente y de buena fe que se facilitaba el acceso a los usuarios, para su descarga, de miles de archivos conteniendo obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos, e incluso fue advertida de ello para que cesara en su actividad*" por PROMUSICAE, lo cual impide apreciar la necesaria ausencia de conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remitía o recomendaba era ilícita o lesionaba derechos de un tercero susceptibles de indemnización, clave para acogerse a la exención de responsabilidad que el artículo 17 LSSI prevé para prestadores de servicios que faciliten enlaces[722].

A modo de conclusión, cabe sin duda afirmar que la resolución del caso Sharemula es un referente claro en nuestra jurisprudencia en cuanto al nivel de satisfacción que las medidas civiles de tutela judicial pueden ofrecer a los titulares de derechos cuando el administrador de una página de enlaces P2P desde la cual se facilita el acceso a obras protegidas ha sido debida y correctamente identificado.

---

721 Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 23.

722 Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 24.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5.9.2.6. Acciones civiles contra usuarios individuales de redes P2P.

Completamos nuestro repaso de asuntos civiles relativos al uso de programas P2P destinados al intercambio de archivos, con una breve referencia a aquellos procedimientos dirigidos contra particulares desde cuyas direcciones IP de acceso a Internet se alega que tuvieron lugar actos de descarga o de puesta a disposición de archivos conteniendo obras protegidas, susceptibles de constituir reproducciones o comunicaciones públicas no autorizadas potencialmente sujetas a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios[723].

De acuerdo con lo explicado en el apartado 4.4 del Capítulo Cuarto del presente trabajo, las acciones contra particulares comenzaron a ponerse en marcha de manera masiva en Estados Unidos a partir de 2003 y, con relación a aplicaciones de intercambio de archivos que usaban la tecnología BitTorrent, se fueron agrupando en forma de demandas colectivas contra todos los participantes de un *torrent* especifico en el que se compartía una determinada obra protegida[724]. El punto de partida era siempre la dirección IP pública que usaba cada uno de ellos, o, mejor dicho, los dispositivos con los que se conectaban de forma directa a Internet, las cuales son visibles por todo aquel que se una al *torrent*. Salvo que se emplee algún recurso técnico que permita enmascararlas u ocultarlas como, por ejemplo, mediante el uso de las denominadas *virtual private networks* (VPN), estas direcciones IP se corresponderán con las direcciones IP *únicas y reales* asignadas por el proveedor de acceso a dichos usuarios. La existencia de indemnizaciones mínimas preestablecidas en la *Copyright Act* norteamericana o "daños estatutarios", que

---

723 Tal y como explicamos en el epígrafe 5.8 del presente capitulo, no cabe la exigencia de responsabilidad penal al amparo del artículo 270 CP frente a la mayoría de usuarios de redes P2P, dada la primacía del principio de intervención mínima del derecho penal; la exigencia de la existencia de ánimo de obtener un beneficio económico como elemento subjetivo del ilícito; y la imposibilidad de equiparar el ahorro del costo del abono de la prestación que permitiría el disfrute de la obra a dicho beneficio.

724 Sobre estas demandas, conocidas como *John Doe actions*, véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 38, mayo – agosto (2011), págs. 24 a 26.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

permiten al derechohabiente limitar su *petitio* a solicitar al tribunal que fije una indemnización, en general, entre 250 y 10.000 dólares por obra afectada o infracción[725], y el alto número de participantes por *torrent*, dieron pronto lugar a situaciones de abuso de la vía judicial[726]. En concreto, por parte de determinados titulares de derechos sobre obras de contenido para adultos, quienes comenzaron a presentar de demandas masivas en determinados estados, cuyo principal fin parecía ser más el "estimular" la obtención, vía acuerdo transaccional, de una indemnización rápida y "evitar" al infractor la exposición pública de sus actos, que la obtención de la ordinaria tutela judicial de derechos que ofrecen los tribunales. Así, no es complicado encontrar resoluciones que, con cierta regularidad a partir del año 2011[727], tienden a limitar el alcance pretendido por muchas demandas colectivas de este tipo, negando al demandante la posibilidad de agrupar en un solo procedimiento a todos los participantes en potenciales actos infractores cometidos en el seno de un mismo *torrent* o la identificación de los supuestos infractores[728].

La práctica de actuar contra los usuarios infractores no es exclusiva de Estados Unidos y, en función de las medidas civiles de tutela de derechos de propiedad existentes en otros territorios —en particular, la posibilidad de percibir el titular de derechos una cantidad preestablecida por ley como indemnización por los daños y perjuicios sufridos o que ésta sea determinada *a posteriori* en función de otros parámetros, como el de la regalía hipotética de nuestro artículo 140.2.b) TRLPI—, y, muy especialmente, de si la normativa procesal civil faculta a los titulares a obtener de los proveedores de servicios de

---

725 17 U.S. Code § 504 (c)

726 Sobre el problema, véase, por ejemplo, S. B. KARUNARATNE, «The Case Against Combating BitTorrent Piracy Through Mass John Doe Copyright Infringement Lawsuits». MICHIGAN LAW REVIEW, volumen 111, November 2012, págs. 283 y ss.

727 P. REN, «The Fate of BitTorrent John Does: A Civil Procedure Analysis of Copyright Litigation». HASTINGS LAW JOURNAL, volumen 64, May 2013, pág. 1376.

728 Entre ellas las decisiones en *Call of the Wild Movie, L.L.C.* v. *Does 1–1062*, 770 F. Supp. 2d 332, 338 (D.D.C. 2011); en *Pacific Century International, Ltd.* v. *Does 1-101*, No. 4:11-cv-02533 (N.D. Cal. July 8, 2011); en *On the Cheap, LLC* v. *Does 1-5011*, 280 F.R.D. 500 (N.D. Cal. 2011); en *Patrick Collins, Inc.*, v. *John Does 1-4*, 12 Civ. 2962 (HB) (S.D.N.Y. June 12, 2012); en *Cobbler Nevada, LLC* v. *Gonzales*, 901 F.3d 1142 (9th Cir. 2018); o en *Strike 3 Holdings, LLC* v. *Doe, No. 18CV0449ENVJO*, 2019 WL 2022452, at *1 (E.D.N.Y. Mar. 21, 2019).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

acceso los datos del cliente a quien se le ha asignado una determinada dirección IP, el fenómeno de las acciones judiciales contra usuarios individuales se ha extendido también a otros países.

En España esta posibilidad se ha convertido en realidad gracias a la entrada en vigor de la Ley 21/2014, por la que se modificó tanto el TRLPI como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)[729], introduciendo dos nuevas diligencias preliminares en el elenco de las previstas en el artículo 256.1 LEC, dirigidas a permitir la identificación del prestador (apartado 10º) y del usuario (apartado 11º) de un servicio de la Sociedad de la Información que presumiblemente infrinja derechos de propiedad intelectual[730]. La segunda de ellas es crucial en relación con la identificación de aquellos que participan en el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P, en la medida en que establece que todo juicio podrá prepararse mediante la solicitud

> "de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido *en los últimos doce meses* relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está *poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual*, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas."[731]

---

729 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

730 Véase, en general, A. MONTESINOS GARCÍA, «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 50, mayo – agosto (2015), págs. 35 y ss.

731 Artículo 256.1.11º LEC, énfasis propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En consecuencia y a partir del 1 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2014, haciendo uso de la facultad que les otorga el nuevo artículo 256.1.11º LEC, los titulares de derechos podían solicitar al Juez Mercantil como diligencia preliminar que ordenase a los prestadores de servicios de acceso a Internet que revelasen la identidad y datos personales de quien tiene asignada una determinada dirección IP desde la cual se está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones protegidas.

La reforma supuso un claro vuelco respecto a la situación anterior, pues la hoy derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)[732], en su artículo 3.a) definía el dato personal como "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*" y la Agencia Española de Protección de Datos venía sosteniendo de manera sistemática que "*las direcciones IP, tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos*"[733], lo cual suponía un obstáculo ciertamente insalvable[734] pues, en primer lugar, salvo autorización del usuario, conforme al artículo 11.1 LOPD, el proveedor de acceso a Internet no podía desvelar de manera voluntaria a los titulares de derechos los datos personales de los usuarios de sus servicios, lo cual incluía no solo su nombre y dirección, sino también la dirección IP específica que pudiesen tener asignada, salvo cuando el destinatario fuese el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tuviesen atribuidas[735]; y, en segundo lugar porque la

---

732 Boletín Oficial del Estado núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

733 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Carácter de dato personal de la dirección IP*. Informe jurídico 327/2003, de 12 de septiembre. Párrafo once. Reiterando esta valoración, véase también el Informe jurídico 0216/2008, de 7 de mayo.

734 Véase I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 38, mayo – agosto (2011), págs. 13 y ss.

735 Véase el artículo 11.2 de la derogada Ley Orgánica 15/1999.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ley 34/2002, de servicios de la Sociedad de la Información (LSSI)[736], no solo no les obligaba a ello sino que, además, establecía en su artículo 12.3 —hasta su derogación en noviembre de 2007—[737], que dicha cesión de datos debía tener lugar exclusivamente "*en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran.*"

Todos los procedimientos civiles contra usuarios individuales de redes P2P que a continuación comentaremos se prepararon mediante solicitud al Juez Mercantil de la diligencia preliminar recogida en el artículo 256.1.11° LEC, a fin de identificar al titular del contrato de acceso a Internet asociado a cada una de las direcciones IP desde las cuales se compartían archivos conteniendo obras protegidas.

La comunidad autónoma que más activamente ha venido registrando acciones judiciales de este tipo es la vasca, si bien la prensa ha informado de la existencia de procedimientos similares en Madrid, Badajoz, Valladolid o Cádiz[738].

Las primeras sentencias relevantes de las que tenemos conocimiento son de 2017, dictadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián[739], desestimatorias de las demandas de juicio verbal presentadas por la mercantil norteamericana DALLAS BUYERS CLUB LLC contra dos particulares que habrían puesto a disposición o difundido de forma directa o indirecta un fichero informático con el nombre "Dallas Buyers Club", conteniendo la obra cinematográfica del mismo título, a través de un programa P2P de intercambio de archivos. La petición de condena a los demandados a abonar a la actora la suma de 475 euros de principal más los intereses legales de demora que correspondan en base al artículo 140.2.b)

---

736 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

737 Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

738 J. PLAZA TORRES, *Clientes de Euskaltel y Movistar están recibiendo multas por descargar y compartir series y películas vía P2P.* 20 MINUTOS. 16.09.2019. *<https://www.20minutos.es/noticia/3765433/0/clientes-euskaltel-movistar-recibiendo-multas-descargar-compartir-series-peliculas-via-p2p/>*

739 Sentencias 239/2017 y 240/2017, de 2 de noviembre.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TRLPI, fue rechazada principalmente por haberse limitado la parte actora a acreditar que los demandados eran titulares de unas determinadas direcciones IP asociadas con unas determinadas conexiones a Internet contratadas con un específico proveedor de acceso regional. Es decir, por no aportar prueba adicional que confirmase que el titular del contrato de acceso, y no otra persona cualquiera que pudiera tener acceso a Internet desde esa dirección IP, era la misma que había cometido la infracción alegada.

A estas dos seguirían quince más, también promovidas por la vía del juicio verbal[740], iniciadas por el mismo actor, con idénticas pretensiones y similares circunstancias fácticas, pero dando lugar a fallos en sentido opuesto a los emitidos en San Sebastián. Así, a principios de 2018, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao entendería que el titular de la dirección IP debe responder de la infracción alegada como autor y como responsable de los daños y perjuicios causados al titular de los derechos, *salvo que alegue y pruebe argumentos o datos que pongan en duda su responsabilidad, pues*

> "el hecho de que sea titular de la conexión a internet le traslada a él la carga de alegar y probar quién pudo haberlo hecho (alguien de su entorno, un sabotaje de la línea, por ejemplo). Es el demandado, titular de la línea, quien tiene la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Si se obligase al propietario de la obra a probar quién fue el autor material de la descarga se le estaría abocando a soportar los resultados negativos de una prueba diabólica, lo que le dejaría en la gran mayoría de los casos indefenso ante la piratería de su obra. [...] En este caso, [...] es razonable pensar la descarga ilegal de películas deja indicios razonables en el ámbito doméstico para que el titular de la línea pueda conocer que a través de

740 Por versar exclusivamente las demandas sobre reclamaciones de cantidad y no exceder su cuantía del tope legalmente establecido que obligaría a la celebración de juicio ordinario, tal y como disponen los artículos 249 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Nótese que, en virtud del artículo 455.1 LEC, *no cabe apelación* contra las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía que no supere los tres mil euros.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> ella se están cometiendo conductas infractoras, lo que le hace también responsable."[741]

En cuanto a la cuantía solicitada a título de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, el Juez reconoce que *no se ha aportado dato alguno que apoye la pretensión económica de establecer en 475 euros la regalía hipotética a percibir*, pero, teniendo en cuenta que,

> "por una parte, no puede entenderse este procedimiento civil como una respuesta punitiva a la infracción, pero que, por otro lado, *tampoco deben favorecerse las conductas infractoras, sancionando con una escasa cuantía el ilícito civil cometido*, debe fijarse el importe de la indemnización en la suma de 150 euros, comprensivos de lo que hubiese tenido que pagar el infractor por la descarga lícita de la película y los gastos derivados de la reclamación judicial".[742]

Llama la atención que a lo largo de las quince resoluciones el Juez hace referencia constante a *actos de descarga ilegal* cuando la concreta reclamación del demandante, en todas y cada una de ellas, se basaba en una "*actuación no autorizada consistente en poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta (la película) mediante un programa cliente P2P*"[743], es decir, en los actos potencialmente infractores que el artículo 256.1.11º LEC explícitamente establece como habilitantes para la solicitud de la diligencia preliminar de identificación de a quien corresponde una determinada dirección IP.

No se explica el motivo de tal calificación y en ninguna de las quince sentencias se entra a valorar si los actos alegados de puesta a disposición de la obra protegida en cuestión tuvieron lugar o no, pasándose directamente a sancionar su fijación no autorizada en los

---

741 Sentencias 5/2018, 6/2018, 7/2018, 8/2018, 9/2018, 10/2018, 11/2018, 12/2018 y 13/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 5 de enero; Sentencia 14/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 8 de enero; y Sentencias 135/2018, 136/2018, 137/2018, 138/2018 y 140/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 17 de abril. Fundamentos de Derecho Segundo. Entre corchetes propio.

742 Fundamentos de Derecho Tercero. Resaltado propio.

743 Antecedentes Procesales nº 1.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

equipos informáticos de los demandados, estableciéndose la mencionada cantidad de 150 euros como razonable para compensar al titular por la descarga ilícita de la obra, lo cual hubiera sido a mi entender deseable aunque, en ningún caso imprescindible o necesario, dado el amparo que el principio *iura novit curia* ofrece al juzgador, autorizándole a que, "*con sujeción a los hechos acreditados y, dentro de lo pedido, actúe, según su oficio, aplicando el Derecho al caso concreto, aunque no sea el invocado por las partes, con tal de que se mantenga la causa de pedir y se actúe conforme a lo sustancialmente pedido.*"[744]

Las dos interpretaciones esbozadas en esta serie de decisiones emanadas del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao —primero, que ser titular de una cuenta de acceso a Internet implica ser responsable, en principio, de las infracciones de derechos de propiedad intelectual que tengan lugar desde la dirección IP única asociada a dicha cuenta; y, segundo, que la falta absoluta de justificación objetiva de la regalía hipotética pretendida no impide la estimación libre de la misma por parte del juzgador, una vez acreditada la acción u omisión jurídica y la causación de un daño al titular de derechos—, encontraron eco y, en particular, el sustento jurídico de la primera de ellas fue mejor desarrollado en la resolución fechada en mayo de 2018 de un procedimiento similar, promovido también por DALLAS BUYERS CLUB LLC contra un vecino de Vitoria-Gasteiz por "*la puesta a disposición o difusión de forma directa o indirecta el fichero con el nombre Dallas Buyers Club, correspondiente a la película del mismo nombre, mediante un programa Cliente P2P desde la IP* […] *de la que es titular.*"[745]

En esta ocasión el juez mercantil sí entendió que el análisis jurídico procedente era valorar si el acto imputado infringía o no lo establecido en el artículo 20 TRLPI y, por ende, el derecho de comunicación pública que al demandante correspondía en exclusiva. Partiendo de los hechos y del análisis jurídico-técnico que de la

---

[744] Sentencia 553/1998 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª), de 9 de junio. Fundamento de Derecho Cuarto. Véase también el Séptimo.

[745] Sentencia 83/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 10 de mayo. Fundamento de Derecho Primero, segundo párrafo. Entre corchetes propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

realización de actos de comunicación pública a través de redes P2P se hizo tanto por las Audiencias de Madrid y Barcelona en el caso Blubster[746] y en el caso R[747], como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de la resolución de los casos Filmspeler[748] y Ziggo/XS4ALL[749], la juzgadora concluye "*que aun tratándose de un particular usuario de una herramienta P2P, existe un acto de comunicación pública, cuando se almacena en un PC particular un archivo con contenidos protegidos por derechos de autor, y se hace en un archivo compartido de manera que con esa sola acción una pluralidad de usuarios tienen acceso al mismo.*"[750]

Una vez definido el acto infractor, la juzgadora aborda cual es el criterio de imputación más adecuado, rechazando la cooperación del párrafo segundo del artículo 138 TRLPI, pues

> "Si la infracción consiste en la puesta a disposición de un número indeterminado de personas el archivo (comunicación pública), *con la simple tenencia del archivo mediante la herramienta P2P, será el titular de la IP desde la que se accede a internet y desde la que se pone a disposición del público el archivo el responsable, al menos civilmente y en tanto no acredite cumplidamente algún hecho o circunstancia que rompa esa línea directa de imputación*; [...] en Derecho Civil, el dueño de una cosa —y lo es un PC y su conexión a la red—, es responsable de las infracciones que se cometen con ella. No es responsabilidad por acto de tercero [...], sino responsabilidad por las infracciones que se cometen con la cosa de su propiedad y mediante servicios por el contratados como es el acceso a internet. El demandado es el autor de la infracción; tenencia de PC con una IP asociada que, mediante

---

746 Sentencia 103/2014 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo.

747 Sentencia 470/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de diciembre.

748 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 26 de abril de 2017, en el Asunto C-527/15, en el procedimiento entre *Stichting Brein* y *Jack Frederik Wullems*, que también actúa bajo el nombre de «Filmspeler».

749 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-610/15, en el procedimiento entre *Stichting Brein* y *Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*.

750 Fundamento de Derecho Tercero, último párrafo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> acceso a internet, comparte con un número indeterminado de personas y por tanto pone a su disposición o comunica públicamente, archivo con contenido protegido por derechos de propiedad intelectual de terceros."[751]

No albergando duda sobre la infracción ni sobre el autor, la titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz estima procedente la demanda y, a la hora de cuantificar el daño y la indemnización reclamada, si bien no alcanza a comprender la razón por la cual la actora no señala el motivo de porqué se solicitan 475 euros en concreto, ni cuál ha sido el cálculo o método seguido para llegar a esta cuantía ni tampoco por cuál de los criterios indemnizatorios ofrece el artículo 140 TRLPI, pero opta, "*a falta de parámetros objetivos,* [...] *por señalar la misma cantidad a la que se condena en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en las SS de 08.01.2018 y 05.01.2018 aportadas, es decir 150 euros, considerando que se trata de una cantidad moderada pero a la vez suficientemente motivadora para prevenir acciones como la que ha traído al demandado a este pleito.*"[752]

El Mercantil 1 de Bilbao resolvería varios asuntos similares más entre abril y junio de 2019, al menos diez que nosotros sepamos, en idénticos términos a los apuntados ya arriba —es decir, estimando parcialmente las demandas contra los particulares acusados de "poner a disposición" un archivo conteniendo una obra cinematográfica a través de una red P2P y condenándoles al abono de 150 euros más los intereses legales "por la descarga ilegal de la película"—, en un ejercicio de corta y pega jurídico de fundamentos de derecho cuanto menos poco elegante. La demandante en todos ellos fue la sociedad extranjera HEADHUNTER, LLC y el importe reclamado por su representación procesal, en concepto de daños y perjuicios derivados de la infracción, de 300 euros[753].

---

751 Fundamento de Derecho Cuarto, cuarto párrafo. Énfasis y entre corchetes propio.

752 Fundamento de Derecho Quinto, último párrafo.

753 Nos referimos a las Sentencias 189/2019 y 191/2019 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 30 de abril; Sentencias 218/2019, 219/2019, 220/2019, 221/2019 y 222/2019 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 15 de mayo; Sentencia 230/2019 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 20 de mayo; y Sentencias 251/2019 y 252/2019 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 6 de junio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Más estricta se mostraría la titular del Mercantil 2 de Bilbao en la resolución de las once demandas de juicio verbal por infracciones similares que conocemos, sobre las que tuvo oportunidad de pronunciarse entre junio y septiembre de 2019. En todas ellas se pedía el abono de 150 euros, más intereses legales y costas, en concepto de regalía hipotética por la comisión por parte de usuarios individuales de redes P2P, "identificados" por la dirección IP asociada a su contrato de acceso a Internet, de actos de comunicación pública no autorizada, en su modalidad de puesta a disposición, de obras cinematográficas titularidad de las mercantiles SHE FIGHTER LTD. y VENICE PI. LLC.

El fallo de las once resoluciones es, en todos los casos, desestimatorio. En las cuatro primeras sentencias —todas de 18 de junio de 2019— la juez mercantil consideran acreditado en fase de diligencias preliminares que desde el ordenador de los demandados se produjo "*la descarga, almacenamiento y difusión*" de las obras protegidas cuyos derechos ostentaban las actoras[754], negando que, en el caso concreto de uno de ellos, pudiese prosperar la alegación de que el responsable era un tercero que tuvo acceso a su conexión, al no aportarse elemento probatorio alguno que sostuviese tal afirmación, ni que permitiese identificar ni trasladar la responsabilidad a persona concreta alguna distinta al demandado[755]. En líneas generales, la juez del Mercantil núm. 2 no difiere de la valoración que alcanzó el titular del Mercantil núm. 1 de Bilbao unos meses antes, en el sentido de entender que el titular de la dirección IP debe responder de la infracción alegada como autor y satisfacer los daños y perjuicios causados al titular de los derechos de la obra infringida, salvo que pueda aportar prueba en contrario que sustente o, al menos, que permita dudar o cuestionar su responsabilidad, directa o indirecta, respecto de los hechos objeto de demanda.

---

754 Sentencias 259/2019, 262/2019, 263/2019 y 264/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 18 de junio. Fundamentos de Derecho Segundo, número 2.

755 Nos referimos a la Sentencia 259/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 18 de junio. Fundamento de Derecho Segundo, número 2.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A continuación, y presumiendo la existencia de daño, se entra a valorar la cuantificación de la indemnización de 150 euros que pretenden las actoras, pues

> "el criterio de la regalía hipotética libera de la necesidad de acreditar el real daño sufrido, pero no de alegar y acreditar los elementos que conducen a su cuantificación y que han de poder ser valorados por el Juez para concluir sobre su razonabilidad. *Lo contrario conduciría al establecimiento de indemnizaciones automáticas, y la infracción en relación con cualquier película y titular de derechos debería suponer idéntica indemnización en aplicación del criterio de la regalía hipotética, lo que no se ajusta a la finalidad de la figura*"[756];

para concluir que las demandantes no hacen el mínimo esfuerzo probatorio para justificar en base a qué elementos objetivos fijan el justiprecio en 150 euros; limitándose a invocar el artículo 149.2.b) TRLPI "*sin hacer mención a gastos compatibles con la regalía hipotética*", argumentando "*la dificultad de cuantificar el perjuicio sufrido, el elevado coste del dictamen de un perito y el astronómico importe al que podría ascender la reclamación*" e invocando los precedentes favorables obtenidos por reclamaciones similares durante el primer semestre de 2018 tanto en el Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao[757] como en el núm. 1 de Vitoria-Gasteiz[758], en los que se tomaron en consideración "*elementos tales como lo que hubiese tenido que pagar el infractor por la descarga lícita, gastos derivados de la reclamación judicial y gastos, pero en este procedimiento* [...] *ni siquiera se ha hecho mención a los mismos* [...] *ni siquiera cifra*

---

[756] Sentencias 259/2019, 262/2019, 263/2019 y 264/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 18 de junio. Fundamentos de Derecho Cuarto, número 2. Énfasis propio.

[757] Sentencias 5/2018, 6/2018, 7/2018, 8/2018, 9/2018, 10/2018, 11/2018, 12/2018 y 13/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 5 de enero; Sentencia 14/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 8 de enero; y Sentencias 135/2018, 136/2018, 137/2018, 138/2018 y 140/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 17 de abril.

[758] Sentencia 83/2018 del Juzgado Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 10 de mayo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuál es el precio de descarga lícita de la película o de venta al público de la misma."[759]

Por todo ello, estas cuatro primeras sentencias son desestimadas, absolviéndose a los demandados, con imposición de costas a las demandantes. Idéntico destino experimentan una segunda tanda de cuatro demandas sobre las que el Mercantil núm. 2 de Bilbao dicta fallo el 25 de junio de 2019, "*porque no aporta el demandante elemento probatorio alguno de la indemnización que pretende. En consecuencia, no concurriendo el tercero de los requisitos necesarios* [del artículo 1902 del Código Civil (acción u omisión antijurídica, daño y relación de causalidad)] *para estimar la acción ejercitada, se desestimará la demanda sin necesidad de entrar en el examen de los dos primeros.*"[760]; así como tres decisiones más de fecha 8 de julio[761], 22 de julio [762] y 6 de septiembre [763], respectivamente, todas correspondientes al año 2019.

La petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Empresas de Amberes, Bélgica, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 6 de agosto de 2019, en el conocido como caso Mircom, fue posiblemente la responsable de que toda esta actividad judicial contra usuarios individuales de redes P2P no continuase durante lo que restaba de año, pues una de las cuestiones planteadas era si el "*registro sistemático, por el titular de derechos de propiedad intelectual y por un tercero que actúa por cuenta de éste, de direcciones IP de usuarios de redes entre pares* (peer-to-peer) *cuyas conexiones supuestamente se utilizaron en actividades infractoras contra la propiedad intelectual*"[764] contravenía las disposiciones del

---

759 Sentencias 259/2019, 262/2019, 263/2019 y 264/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 18 de junio. Fundamentos de Derecho Cuarto, número 2. Entre corchetes propio.

760 Sentencias 283/2019, 289/2019, 291/2019 y 294/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 25 de junio. Fundamentos de Derecho Primero, número 2, segundo párrafo. Entre corchetes propio.

761 Sentencia 314/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 8 de julio.

762 Sentencia 337/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 22 de julio.

763 Sentencia 357/2019 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 6 de septiembre.

764 Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 17 de junio de 2021, en el asunto C-597/19, en el procedimiento entre *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited* y *Telenet BVBA*. Párrafo 101.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Reglamento 2016/679, general de protección de datos[765]. La conclusión a la que llego la Sala Quinta del TJUE en junio de 2021[766] fue que tal actividad de registro de direcciones IP *no entra en contradicción ni con dicho reglamento ni con la Directiva 2002/58, sobre privacidad*[767]*, y ninguna de estas normas se opone tampoco*

> "*a la comunicación de los nombres y de las direcciones postales de esos usuarios al mencionado titular o a un tercero para permitirle presentar una demanda de indemnización ante la jurisdicción civil* por el perjuicio supuestamente ocasionado por los citados usuarios, a condición, no obstante, de que las iniciativas y las pretensiones al efecto del referido titular o de ese tercero sean justificadas, proporcionadas y no abusivas y se fundamenten jurídicamente en una medida legal nacional".[768]

La decisión parece dejar definitivamente expedita la vía explorada por los demandantes en este primer grupo de resoluciones dictadas en nuestro país, en la medida que sanciona la principal actividad investigadora que todo titular de derechos debe realizar, directamente o a través de algún agente o representante: la identificación y registro de las direcciones IP de los participantes en un intercambio de

---

765 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 4 de mayo de 2016.

766 Véanse los párrafos 102 a 119 de la sentencia.

767 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 201, 31 de julio de 2002; en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n o 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, Diario Oficial de la Unión Europea, L 337, 18 de diciembre de 2009.

768 Véanse párrafos 120 a 131 de la sentencia. Extracto tomado del párrafo 132. Énfasis propio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

archivos a través de una red P2P potencialmente susceptibles de contener alguna obra protegida.

Por ello, no me parece en absoluto descabellado pensar que, a lo largo de 2022, podrían comenzar a conocerse nuevos fallos en procedimientos dirigidos a exigir responsabilidad civil a título individual de quienes hubieran participado en la puesta a disposición o intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de una red P2P ya que, como hemos visto, hay un número relevante de resoluciones judiciales que entienden que el titular de la dirección IP desde la que tuvo lugar la infracción debe ser considerado autor y responsable de la misma, salvo prueba en contrario, y cabe la indemnización por la vía de la regalía hipotética, toda vez que se justifique *mínimamente* la indemnización que se pretende.

5.9.3. Jurisdicción administrativa.

Como avanzamos en el epígrafe 5.6.4 del presente Capítulo, entre marzo de 2012 y septiembre de 2021, de las 219 solicitudes presentadas ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y que dieron lugar a un acuerdo de inicio del procedimiento de administrativo de salvaguarda de derechos en Internet, en 94 de estos casos ha habido una resolución final de la Sección Segunda ordenando la retirada de los contenidos ilegales o la suspensión del correspondiente servicio de la Sociedad de la Información, a fin de evitar el acceso a los mismos.

Los encargados de aprobar la ejecución de estas resoluciones de la Sección Segunda son los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo[769], excepto cuando se produzca un incumplimiento reiterado o se reanude la actividad infractora, circunstancia que, conforme a la redacción actual del artículo 195.7 TRLPI, libera a la Sección Segunda de recabar dicha autorización judicial, facultándole a ordenar a los proveedores de servicios de la Sociedad de la Información la suspensión de aquellos que puedan estar facilitando al infractor o instar la retirada de los contenidos ilícitos que se puedan encontrar disponibles en Internet, a fin de obtener el cese lo más

[769] Artículo 9.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

inmediato posible de la vulneración de derechos de propiedad intelectual y la causación del consiguiente daño patrimonial al titular o titulares afectados. Las decisiones de la Sección Segunda ponen fin a la vía administrativa[770], siendo recurribles, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional[771].

El Auto 36/2020 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de 11 de noviembre, autorizando a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual a requerir a los proveedores de servicios de acceso a Internet a que bloqueen el acceso desde el territorio español a la página de enlaces de descarga de contenidos protegidos <radikal-gamez.net>, constituye un ejemplo del primer tipo de decisiones apuntado.

En relación con la segunda clase y entrando ya en resoluciones que versan sobre páginas que ofrecen algún tipo de servicio vinculado con el intercambio de archivos a través de redes P2P, podemos citar la Sentencia 5131/2014 de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso (Sección 1), de 17 de octubre. Conocido como el "caso EliteTorrent", supuso la primera ocasión en que la Audiencia Nacional tuvo oportunidad de revisar una resolución de la Comisión de Propiedad Intelectual[772]. El demandante, responsable de la página web disponible a través del nombre de dominio <elitetorrent.net>, impugnaba la resolución de 29 de agosto de 2013, de la Directora General de Política e Industrias Culturales y del Libro, dictada por delegación del Presidente de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual[773], en virtud de la cual se le ordenaba retirar o inhabilitar el acceso a dos enlaces *torrent* que permitían la descarga de una determinada obra del intelecto (un videojuego) a través del

---

770 Artículo 195.3 TRLPI *in fine*.

771 Disposición adicional cuarta. Apartado quinto. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

772 Cfr. M. PEGUERA POCH, *La Audiencia Nacional confirma una orden de retirada de enlaces dictada por la Comisión de Propiedad Inteléctual*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 18 de diciembre de 2014. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2014/12/18/la-audiencia-nacional-confirma-una-orden-de-retirada-de-enlaces-dictada-por-la-comision-de-propiedad-intelectual/>*

773 Al amparo del artículo 9 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación deben indicar expresamente esta circunstancia y se consideran dictadas por el órgano delegante.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

protocolo BitTorrent, y abstenerse de volver a poner nuevamente a disposición pública sin autorización dicha obra, así como otras también objeto del mismo expediente administrativo. La Audiencia desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma la resolución de la Sección Segunda, rechazando de plano el principal argumento aducido por la parte actora: la inexistencia de infracción en la conducta de facilitar la localización de los contenidos protegidos, en la medida en que "*cuando se está difundiendo sin autorización de los titulares en una red P2P lo que se hace es facilitar el acceso a la obra mediante un puntero de información que facilita la localización, pero no ponerla a disposición. Son los usuarios quienes realizan la puesta a disposición.*"[774] Ello se fundamenta en haber quedado acreditado en las actuaciones previas de comprobación que el responsable de la página web desempeñaba un rol activo en la "*selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan el acceso a las obras*"[775] a través de una red P2P y, conforme a la valoración realizada por el TJUE en el caso Svensson[776], que la provisión de dichos enlaces *torrent* constituía un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del artículo 20.2.i) TRLPI, pues "*el público al que se dirigía dicha comunicación no estaba comprendido en la comunicación inicial al público autorizado por los titulares de derechos, pues no habían autorizado la explotación libre de restricciones en internet de su obra.*"[777]

Tal y como explicamos en el epígrafe 5.9.1.1.1 del presente Capítulo, somos de la opinión que la publicación de un enlace *torrent* en una página web, por ejemplo, no es un simple acto que favorezca o facilite la comunicación pública, sino que *es lo que realmente la hace posible* en el marco específico de la tecnología BitTorrent. Es el elemento imprescindible que hace posible que una pluralidad de personas pueda tener acceso a una obra compartida usando este

774 Fundamento de Derecho Quinto. Primer párrafo.

775 *Ibidem*. Último párrafo.

776 Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, en el Asunto C-466/12, en el procedimiento entre *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd* y *Retriever Sverige AB*.

777 Fundamento de Derecho Séptimo. Antepenúltimo párrafo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

concreto protocolo P2P, poniéndola a su entera disposición, ya que no es posible acceder al *torrent* donde se comparte de ningún otro modo, salvo a través de dicho enlace. Su ofrecimiento, sin ningún género de dudas, inculca el derecho exclusivo de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición descrita en el artículo 20.2.i) TRLPI.

La Sentencia 4889/2014 de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso (Sección 1), de 26 de noviembre, desestimando el recurso presentado por la sociedad mercantil responsable de la página web <multiestrenos.com>, siguió las líneas principales de la decisión comentada anteriormente. La Audiencia confirmaba la resolución de la Sala Segunda, ordenando en el plazo de 24 horas la retirada o inhabilitación del acceso a los enlaces P2P (*torrent* y eD2k, entre otros) que permitían la descarga de tres obras cinematográficas, y abstenerse de volver a poner nuevamente las mismas a disposición pública sin autorización de sus respectivos titulares[778].

Hasta el 30 de septiembre de 2021, únicamente en dos ocasiones la Sección Segunda ha dado traslado a la Subdirección General de Propiedad Intelectual para la tramitación del correspondiente procedimiento por incumplimientos reiterados y la imposición de una sanción económica por la comisión de infracción administrativa muy grave castigada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros, de acuerdo con el artículo 195.6 TRPLI, ahora 195.7 tras la entrada en vigor de la Ley 14/2021[779].

La primera de estas dos resoluciones es de fecha 15 de junio de 2018 y fue dictada en rebeldía por el Ministerio de Cultura contra el titular de las páginas web disponibles a través de los nombres de dominio <x-caleta.com> y <x-caleta2.com>, imponiéndosele una multa de 375.000 euros y medidas accesorias de publicidad y bloqueo de acceso a dichas páginas o "*a cualquier dominio específico web que el responsable pudiera utilizar en iguales términos, o que redireccione a* [dichas páginas]*, así como a todas aquellas webs proxy*

778 Véanse sus Fundamentos de Derecho Quinto y Séptimo.

779 Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. Boletín Oficial del Estado, núm. 244, de 12 de octubre de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que sirvan únicamente como intermediarias para acceder a las anteriores", durante un período máximo de un año[780].

El responsable de las páginas <x-caleta.com> y <x-caleta2.com> era un súbdito peruano, con domicilio en dicho país sudamericano, contra quien la Sección Segunda había dictado una primera resolución final de retirada de enlaces de descarga directa a obras protegidas por el derecho de autor, alojadas en repositorios digitales tipo RapidShare, el 20 de junio de 2016 y, una segunda, el 26 de julio de 2017. Ante la inacción del responsable del servicio y la continuidad en el tiempo de las infracciones que a través de dichas páginas web se posibilitaban, la Subdirección General de Propiedad Intelectual trasladó a la entonces Secretaría de Estado de Cultura, informe de la Secretaría de la Sección Segunda, de fecha 22 de febrero de 2018, manifestando el incumplimiento reiterado de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, resultado de esas dos resoluciones finales adoptadas por la Comisión de Propiedad Intelectual, y el cumplimiento de los requisitos que motivaban el inicio de un procedimiento administrativo de carácter sancionador, tipificados en el entonces vigente artículo 195.6 TRLPI[781].

El Secretario de Estado de Cultura, en el ejercicio de la potestad sancionadora prevista por el artículo 195 TRLPI, adoptó Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador el 22 de marzo de 2018, resultando infructuosa la notificación del mismo al responsable de las páginas web y continuando el proceso sin su comparecencia[782], sin que haya trascendido si se ha producido o no el pago de la sanción impuesta.

El segundo procedimiento administrativo de carácter sancionador por incumplimiento reiterado de resoluciones finales de la Sala Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual fue resuelto el 7 de octubre de 2019 por el Ministro de Cultura contra el titular de la página web disponible a través del dominio <exvagos.com>. Resultará familiar al lector el nombre de la página infractora, pues las actividades en ella desarrolladas fueron objeto de procedimiento

780 Disponendos I y II.

781 Antecedente de Hecho Primero.

782 Antecedentes de Hecho Segundo y Tercero.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

civil[783] y de estudio en el epígrafe 5.9.2.4.2 del presente Capítulo. En vía administrativa, por la comisión de una infracción calificada como muy grave, tipificada en el entonces vigente artículo 195.6 TRLPI, actualmente 195.7, imponiéndose al responsable de <exvagos.com> una sanción administrativa consistente en una multa de 400.000 euros, el cese de actividad de dicha página durante un año y la publicación de la resolución sancionadora en el Boletín Oficial del Estado.

783 Sentencias 219/2016 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 25 de julio y 115/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de julio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

CONCLUSIONES

I.- La primera inferencia que podemos extraer de nuestro trabajo es que el término P2P no define una realidad única. Al contrario, la naturaleza poliédrica del concepto *peer-to-peer* engloba diversas facetas. Por una parte, tenemos un tipo de red distribuida, altamente resiliente y efectiva a la hora de posibilitar el intercambio de información entre sus nodos. En segundo lugar, nos encontramos con un modelo de diseño de aplicaciones alternativo y superior en prestaciones al modelo cliente / servidor, que fue el arquetípico de la primera etapa de desarrollo de la *World Wide Web*. Por último, estamos frente a una tecnología fuertemente vinculada con la arquitectura primigenia de la propia Internet, con diversas y muy variadas aplicaciones actuales y que, además, ha servido de sustrato a otros desarrollos tecnológicos, verdaderas fuerzas motrices de la vanguardia contemporánea más innovadora como, por ejemplo, el *blockchain*.

II.- Los programas P2P para el intercambio de archivos en red son las aplicaciones más problemáticas y quizás las más conocidas de esta tecnología, pero no todos ellos son iguales ni funcionan del mismo modo; así que, dependiendo del grado de centralización del modelo que se haya seguido a la hora de diseñarlas, así fluctuará la teórica responsabilidad de quienes mediante su empleo menoscaben los derechos dimanantes de alguna obra del intelecto.

El análisis de los casos de Napster, Gnutella y sus derivados sirve para ilustrar esta segunda idea. El panorama se complicó notablemente con la aparición de BitTorrent, la tercera generación y versión más compleja de este tipo de aplicaciones, en la medida en que los intercambios de archivos no tienen lugar en una red BitTorrent propiamente dicha, sino exclusivamente entre los participantes en dicho proceso. Los *trackers* y las páginas de enlaces P2P (*magnet* o *torrent*), son las principales vías de acceso a estas conexiones en red

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entre usuarios de BitTorrent y, en caso de que el archivo objeto de intercambio incluya total o parcialmente una obra protegida, los elementos sobre los que poner en marcha las primeras acciones destinadas a detener la potencial infracción y salvaguardar los derechos de propiedad intelectual afectados.

III.- Las primeras soluciones normativas ideadas para afrontar la infracción masiva de derechos de propiedad intelectual a través de Internet, es decir, las diferentes propuestas legislativas nacionales y regionales surgidas a raíz de los conocidos como Tratados de Internet de la OMPI —pensemos en la DMCA o en la DCE, por ejemplo—, no fueron especialmente útiles para combatir el intercambio masivo de archivos conteniendo obras protegidas vía redes P2P. La razón de ello se encuentra en que este primer tipo de propuestas buscaban establecer una serie de obligaciones mínimas y un régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información con el que hacer frente de algún modo a la generalización de violaciones de este tipo de derechos, pero evitando imponer trabas excesivas que de algún modo dificultasen innecesariamente las actividades económicas de dichos intermediarios, dado el importante rol que las mismas jugaban en el desarrollo de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico.

Este enfoque se ha venido manteniendo posteriormente en los instrumentos reguladores de la responsabilidad de quienes proporcionan servicios de acceso, de alojamiento de datos, de provisión de instrumentos de búsqueda o enlaces a contenidos como, por ejemplo, en la DMUD y en sus diferentes transposiciones al derecho interno de los estados miembros de la UE, como ha sucedido con nuestro Real Decreto-ley 24/2021. La ponderación entre la necesaria protección de los derechos de propiedad intelectual y el estímulo de las actividades propias de los prestadores de servicios ha sido una constante en la labor de los respectivos legisladores.

IV.- Descendiendo al análisis de aquellas propuestas diseñadas específicamente para combatir en un primer momento el problema del

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes distribuidas, parece claro que la vía de sancionar penalmente a quienes cometen actos en línea infractores de derechos de propiedad intelectual a través de programas P2P no tuvo el efecto disuasorio esperado entre los colectivos que acuden a esta tecnología con el fin de eludir el pago de licencias o autorizaciones habilitantes para el disfrute lícito de obras del intelecto. La respuesta penal, sin duda atractiva para los titulares de derechos por su capacidad intimidatoria y correctora de la conducta que castiga, no supuso, a la postre, la mejor solución para frenar un problema con miles y miles de potenciales infractores y obras afectadas.

La principal opción para intentar llegar al mayor número posible de responsables de estos quebrantos, reservando la judicialización sólo para los abusos más intolerables, pasaba por involucrar a los proveedores de servicios de Internet en la resolución del problema, articulando un sistema de avisos por potenciales infracciones que, en última instancia, podría acarrear la suspensión del servicio del usuario teóricamente responsable de los mismos.

Sin embargo, la implementación de sistemas de respuesta gradual en Irlanda y Estados Unidos mediante la firma de acuerdos privados entre agrupaciones de titulares de derechos y proveedores de servicio de acceso a Internet no contribuyó de manera efectiva a reducir el número neto de infracciones; y los resultados que se conocen de los procedimientos aprobados a nivel doméstico a través de normativas nacionales tampoco parecen haber sido buenos. Tanto en Francia como en Reino Unido, por ejemplo, la aprobación y puesta en marcha de los mecanismos de respuesta gradual ideados por sus respectivos Gobiernos no fue ni tan rápida ni tan sencilla como parecía haberse previsto en un principio y, pese a unos inicios ciertamente positivos, ambos parecen haber ir perdiendo relevancia progresivamente. En esa misma situación actual de perfil bajo está también la República de Corea y, posiblemente, la República de China, si bien no disponemos de datos contrastados sobre el impacto y alcance de las medidas de respuesta gradual desarrolladas en este último país. Nueva Zelanda es, quizás, la única excepción pues, tanto estudios independientes como informes realizados por diversas asociaciones representando a los

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

titulares neozelandeses de derechos, apuntan a descensos de hasta el 50% en el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P.

VI.- El debate sobre si los sistemas de respuesta gradual, ya sean desarrollados mediante acuerdos privados entre titulares de derechos y proveedores de servicios de la Sociedad de la Información o incorporados al derecho nacional a través de la promulgación de regulaciones específicas, son la menos mala de las soluciones posibles atendiendo a los principales grupos de interés afectados (usuarios; titulares de derechos; operadores de redes y proveedores de servicios de acceso a Internet), no es fácil de responder, pues hay bastantes aspectos negativos que no pueden ser pasados por alto.

Los principales rasgos adversos afectan a los usuarios de Internet. Entre ellos, hemos señalado como relevantes la tendencia a generalizar su "presunción de culpabilidad" y la inversión del principio *in dubio pro reo* en la gestión de las potenciales infracciones que podrían cometer; la ausencia de recursos de defensa y garantía habituales en procedimientos administrativos y judiciales; el riesgo de desproporcionalidad entre sanción e infracción; y, por último, la potencial afectación de determinados derechos y libertades fundamentales que, hoy en día, asociamos indefectiblemente con el acceso y uso de Internet, al menos en Europa.

Un sistema de respuesta gradual equilibrado, es decir, diseñado sin ignorar las excepciones y límites existentes al derecho de propiedad intelectual, en donde la desconexión del usuario sea la última *ratio* y, además, que cuente con un procedimiento independiente de naturaleza administrativa, judicial o mixta que permita garantizar los principios de legalidad, defensa, audiencia e igualdad de partes, y que tenga como objetivo no el castigo del usuario infractor, sino su "rehabilitación", es decir, el provocar una aceptación de la necesidad de corregir su comportamiento, asumiendo la responsabilidad de sus acciones infractoras, así como la necesidad de evitar futuras transgresiones; parece, a todas luces, un instrumento útil.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

VII.- Las alternativas más empleadas, en combinación o en substitución de los sistemas de respuesta gradual, para hacer cara al intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P son, en primer lugar, el desindexado de enlaces en buscadores de Internet como Google que dirijan a *trackers* o a sitios en los cuáles se puedan encontrar enlaces P2P a contenidos ilícitos; en segundo, las acciones orientadas a limitar los ingresos provenientes de la publicidad que dichos actores obtienen y los programas de colaboración con proveedores de medios y pasarelas de pago para excluir a *trackers* y páginas "piratas" de su clientela; y, en tercera posición, la adopción de medidas de filtrado y de bloqueo que impiden el acceso a sitios y páginas web P2P infractoras de derechos de terceros.

Todas ellas conforman diversos frentes de batalla abiertos por los titulares de derechos de propiedad intelectual contra quienes los infringen haciendo uso de programas P2P de intercambio de archivos. Cada una de estas medidas alternativas, como hemos visto tiene su cara y su cruz. Si bien ninguna de ellas, por si sola, es susceptible de solucionar el problema del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P de manera definitiva, lo cierto es que todas ellas, individualmente consideradas, pueden contribuir a minimizarlo. Destacando claramente sobre el resto, tanto por su efectividad como por la receptividad de los tribunales a facilitar "dinámicamente" su óptimo despliegue, las medidas dictadas en sede judicial consistentes en impedir el acceso público a determinados sitios web y páginas P2P.

VIII.- Como hemos podido ver durante nuestra revisión panorámica de las principales decisiones judiciales dictadas en el ámbito internacional, la lucha en los tribunales contra quienes diseñan, comercializan o usan programas P2P destinados al intercambio de archivos se caracteriza por la existencia de dos tendencias que, en cierto modo, se retroalimentan una de la otra. En primer lugar, la mayor o menor "neutralidad técnica" con la que hubiesen sido diseñados estos programas informáticos, respecto de las potenciales acciones infractoras de derechos de tercero que mediante su uso

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tuviesen lugar, ha condicionado la atribución de responsabilidad derivada de dichos actos, limitándose en la práctica, la posibilidad de reclamar la directa y principal sólo a un número reducido de situaciones, principalmente cuando existe conocimiento o participación activa en la actividad ilícita que ha tenido lugar. En segundo lugar y precisamente para reducir el nivel de exposición a demandas por responsabilidad indirecta o subsidiaria, el diseño del *software* P2P ha ido derivando hacia formulas más descentralizadas, más independientes, con las que se busca minimizar o eliminar todo nexo causal de la ecuación infractora.

IX.- Por lo que respecta al estado de la cuestión en España y comenzando por el ámbito de la responsabilidad civil, los derechos afectados por el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P, son dos: el de reproducción y el de comunicación pública.

En relación con el primero de ellos, hemos analizado la potencial aplicación de los límites que afectan a las fijaciones provisionales y a las fijaciones para uso privado.

Así, hemos analizado profusamente y explicado que son susceptibles de quedar excluídas del derecho de reproducción, en virtud del límite del artículo 31.3 TRPLI, tanto las reproducciones técnicas, efímeras o intermedias como las copias RAM generadas por la puesta en marcha de una aplicación P2P de intercambio de archivos. La incardinación en la excepción de la primera modalidad de reproducciones temporales no presenta peculiaridades y, al concurrir en ellas los cuatro requisitos establecidos en el 31.3, su realización no precisará de la autorización del titular del derecho de reproducción. Ahora bien, en relación al segundo tipo de copias temporales, nos apartamos de la opinión general mantenida por la doctrina española en la medida en que defendemos que todas las copias RAM producidas durante un proceso de intercambio de archivos a través de la tecnología P2P encuentran amparo en el límite del artículo 31.3 TRLPI, por tratarse de reproducciones transitorias o accesorias, carentes de significación económica propia, y que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

finalidad es facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita; e, igualmente, por entender además que no constituyen actos de reproducción en sentido técnico-jurídico.

En cuanto al tercer tipo tradicional de reproducciones temporales, hemos concluido que las copias caché originadas en la memoria interna de un computador fruto de la puesta en marcha de un proceso de intercambio de archivos a través de una red P2P, se encuentran dentro del límite del artículo 31.3 TRLPI. Por el contrario, las copias caché originadas en sede de memoria externa, no lo están y se encuentran sujetas al derecho exclusivo de reproducción de los titulares de las obras afectadas, pues son de naturaleza persistente y accesible. En este último supuesto, y de haber sido realizadas estas copias caché en memoria externa por parte de un prestador de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la exención prevista en el artículo 15 LSSI podría serle de aplicación, siempre y cuando los archivos transmitidos hayan sido faciliados por un tercero, que la única finalidad de su intervención haya sido el hacer más eficaz dicha transmisión de archivos y, además, que se cumplan los requisitos establecidos en las letras a) a e) del artículo 15.

Por lo que se refiere al límite del artículo 31.2 TRPLI, las condiciones de juego de la excepción, en particular el requisito de la letra c) del precepto, hacen prácticamente imposible el imaginar un supuesto en el cual las fijaciones realizadas a raíz del intercambio de archivos a través de una red P2P puedan ser susceptibles de ser consideradas reproducciones privadas. En la medida en que el intercambio de un archivo a través de una red P2P implica prácticamente siempre su difusión entre un número indeterminado de personas, la prohibición de uso colectivo constituye un obstáculo insalvable para ello.

Con relación al segundo de los derechos afectados por el intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de redes P2P, hay comunicación pública en virtud del artículo 20.2.i) TRLPI a partir del momento en que tiene lugar la puesta a disposición de la obra o prestación protegida en una red distribuida de este tipo,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

independientemente de que tenga o no lugar el acceso efectivo a la misma.

En suma, los sujetos típicos que participan en un acto de intercambio de archivos conteniendo obras protegidas a través de una red P2P —quienes los ponen a disposición en esta, quienes facilitan enlaces P2P o instrumentos de búsqueda que permitan el acceso a dichas obras, quienes se las descargan haciendo uso de dicha red—, comenten ilícitos civiles como consecuencia de la infracción de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública que dimanan de aquellas y sobre ellos recae la responsabilidad por estos actos, bien directa o indirectamente, en la medida en que el 138 TRLPI reconoce la responsabilidad por cooperación en infracción ajena.

X.- En el plano de la protección jurisdiccional civil de estos derechos, hay que destacar que el artículo 256.1.11° LEC posibilita que los titulares puedan solicitar al Juez Mercantil, como diligencia preliminar, que ordene a los prestadores de servicios de acceso a Internet que revelen la identidad de quien tiene asignada una determinada dirección IP desde la que se haya participado en un intercambio de archivos a través de una red P2P. En consecuencia, la tradicional traba que impedía identificar y perseguir a los particulares infractores de derechos ha sido superada y, desde enero de 2015, los derechohabientes disponen de esta vía para reclamar judicialmente la indemnización correspondiente a los particulares infractores de sus derechos a través de redes P2P.

En nuestra opinión, las demandas contra los particulares que cometen directamente infracciones de derechos de propiedad intelectual mediante la tecnología P2P pueden comenzar a hacerse más habituales. Hay varios elementos que apuntan a ello. Primero, por la decisión del TJUE en el asunto C-597/19, en la cual se afirma que el registro sistemático de direcciones IP de los usuarios de redes P2P, supuestamente involucrados en actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual, no entra en contradicción con la normativa comunitaria sobre protección de datos y privacidad, y aclara, además, que dicho marco regulatorio tampoco se opone a la comunicación de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

esos nombres y direcciones postales a los mencionados titulares u otros terceros para permitirle presentar demanda de indemnización ante la jurisdicción civil. En segundo lugar, por la línea jurisprudencial apuntada en la primera tanda de decisiones en nuestro país, según la cual se establece que el titular de la dirección IP desde la que tiene lugar la infracción debe ser considerado autor y responsable civil de la misma, salvo prueba en contrario, y, además, que cabe la indemnización por vía de la regalía hipotética, toda vez que se justifique mínimamente el importe pretendido.

Son igualmente relevantes las posibilidades de tutela civil que a su alcance tiene los titulares de derechos de autor y afines contra los responsables o administradores de páginas y sitios web en lo que se difundan o indexen hipervínculos P2P, en la medida en que, en virtud del artículo 20.2.i) TRLPI, la publicación de dichos enlaces es elemento suficiente para calificar el acto como comunicación pública; así como contra quienes comercialicen en España *software* P2P destinado al intercambio de archivos e induzcan a sabiendas a sus usuarios a que realicen la conducta infractora de compartir obras protegidas, o coopere con la misma en los términos fijados en el artículo 138, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla, o quienes, teniendo un interés económico directo en los resultados de dichas conductas infractoras, cuente con una capacidad de control sobre las mismas. La importante resolución del caso Sharemula dictada en 2017 por la AP de Madrid, con esos casi dos millones y medio de euros establecidos como indemnización a abonar en concepto de daños y perjuicios a la sociedad colectiva demandante, es un referente claro del nivel de satisfacción que la jurisdicción civil puede actualmente ofrecer a los derechohabientes cuando el administrador de una página de enlaces P2P ha sido debida y correctamente identificado.

Como soluciones no indemnizatorias, los titulares de derechos pueden ejercitar las acciones previstas en los artículos 139.1.h) y 195 TRLPI contra los proveedores de servicios de la Sociedad de la Información de los cuales se valgan aquellos terceros que los infrinjan haciendo uso de la tecnología P2P. La acción de suspensión del servicio de acceso a fin de poner fin a la actividad ilícita es

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

compatible con cualesquiera otras que puedan corresponder al titular de derechos y, como quedo patente con la resolución del caso ExVagos, no es imprescindible que se acompañe de una demanda simultánea contra el infractor y el dirigirse solo a un número limitado de operadores o dejar en manos de éstos la decisión de los medios de cese a establecer que puedan resultar más eficaces y menos invasivos, no convierte la medida en desproporcionada, ineficaz ni desproporcionada. Los problemas de indefensión y vulneración de los principios de tutela judicial efectiva y de contradicción que esta vía venía presentando no han desaparecido por completo, pero han venido siendo acertadamente modulados por la doctrina jurisprudencial más reciente, habilitándose soluciones interesantes para los titulares de derechos como es, por ejemplo, la posibilidad de obtener ordenes de naturaleza dinámica que aseguren la efectividad de las medidas de cesación.

La acción administrativa de restablecimiento de la legalidad del artículo 195 TRLPI faculta a los titulares a promover la retirada de los contenidos infractores de aquellos sitios o páginas web donde se hallarén o la suspensión del correspondiente servicio de la Sociedad de la Información, a fín de evitar el acceso público a los mismos. Si atendemos al escaso número de solicitudes presentadas ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, lo cierto es que, no parece un recurso especialmente atractivo para los derechohabientes, pero lo cierto es que, en aquellos casos en los que se produce un incumplimiento reiterado o se reanuda la actividad infractora, las disposiciones del artículo 195.7 —las cuales, por un lado, liberan a la Sección Segunda del requisito de recabar autorización judicial y, por otro, permiten imponer multas de entre 150.001 hasta 600.000 euros contra el responsable contumaz—, sí pueden resultar de gran interés, como ponen de manifiesto las resoluciones en vía administrativa contra las páginas de enlaces X-caleta en 2018 y ExVagos en 2019 y las sendas multas de casi 400.000 euros que ambas llevaban aparejadas.

XI.- Por último, adentrándonos en el ámbito de la responsabilidad penal, quienes en la actualidad hagan uso de programas P2P para

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intercambiar archivos conteniendo obras protegidas no reúnen los requisitos para su incriminación penal, salvo cuando actúen con ánimo de lucro comercial. El ahorro del pago de la prestación exigible o el mero aprovechamiento del acceso a un contenido protegido no equivalen a lucro comercial. Este elemento subjetivo de obtener, directa o indirectamente, un rendimiento económico, ganancia o ingreso, sí se da con mucha más frecuencia entre quienes facilitan el acceso o la localización de contenidos protegidos disponibles en Internet —lo cual incluye cualquier tipo de red distribuida, así como las redes P2P—, como hacen, por ejemplo, los administradores de sitios o páginas de enlaces P2P. Por ello, cuando estos últimos faciliten de modo activo, no neutral y no meramente técnico, el acceso o la localización de obras protegidas, dicha conducta sí será merecedora del reproche penal previsto en el artículo 270 o en el subtipo agravado del 271 CP.

Tras la reforma operada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, la vía penal queda acertadamente reservada a aquellos sujetos participantes en un intercambio de archivos a través de una red P2P que busquen obtener un determinado beneficio económico directo o indirecto mediante el mismo, desplazándose de este modo el foco jurídico de los usuarios particulares —que simplemente quieren acceder a contenidos protegidos—, a los "profesionales" de la piratería —que buscan obtener un lucro de la infracción de los derechos de propiedad intelectual dimanantes de aquellos—.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BIBLIOGRAFÍA

ABBATE, J. *Inventing the Internet*. Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 1999.

ADAR, E. AND HUBERMAN, B. «Free Riding On Gnutella», FIRST MONDAY, volumen 5, número 10 (2000).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Carácter de dato personal de la dirección IP*. Informe jurídico 327/2003, de 12 de septiembre.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Informe jurídico 0216/2008, de 7 de mayo.

ALADDA, *Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: Ley 14/2021, de 11 de octubre (BOE de 12 de octubre).* Blog de la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor. Post de 15 de octubre de 2021. Disponible en: *<http://aladda.es/reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-de-propiedad-intelectual-ley-14-2021-de-11-de-octubre-boe-de-12-de-octubre/>*

ALEXANDER, P. J. «Peer-to-Peer file sharing: the case of the music recording industry», REVIEW OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, Volumen 20 (2002).

ALMAGRO NOSETE, J. «Aspectos procesales del proyecto de ley "antidescargas"», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

propiedad intelectual en la obra audiovisual. Madrid, Dykinson, 2011.

ANDERSON, D. «SETI@home», en ORAM, A. (ed). *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

ANDERSON, R. *Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems*. 2nd edition. New York, John Wiley & Sons, 2008.

ANESTOPOULOU, M. «Challenging intellectual property law in the Internet: An overview of the legal implications of the MP3 technology», INFORMATION & COMMUNICATIONS TECHNOLOGY LAW, volumen 10, número 3 (2001).

ANGELOPOULOS, C. *Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe*. Institute for Information Law Research Paper No. 2012-04. European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2009.

ANGELOPOULOS, C. *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2017.

ANTONOPOULOS, A. M. *Mastering Bitcoin; Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol, O'Reilly, 2015.

ANTONS, C. «Courting Kazaa – Judicial Approaches Towards P2P Networks in the US and Australia», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3 (2006).

ARIÑO Y ASOCIADOS ABOGADOS, «Protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información Economía sostenible», en BANEGAS NÚÑEZ, J. (dir.). *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible*. Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

AUSTIN, G. E. «Common Law Pragmatism: New Zealand's Approach to Secondary Liability of Internet Service Providers», en DINWOODIE, G. B. (ed.). *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017.

AUSTIN, G. W. «Global networks and domestic laws: some private international law issues arising from Australian and US liability theories», en STROWEL, A. (ed). *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

AUSTIN, G. W. «Importing Kazaa - Exporting Grokster», SANTA CLARA HIGH TECH. L.J., volumen 22 (2006).

AYLLÓN SANTIAGO, H. «La Comisión de Propiedad Intelectual. Pasado, presente y futuro a la luz del proyecto de Ley de Economía Sostenible.», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

AYLLÓN SANTIAGO, H. «Legislación», en SERRANO GÓMEZ, E. (dir.). *Anuario de Propiedad Intelectual 2010*. Madrid, Reus, 2011.

BACKX, P. ET AL, «A comparison of peer-to-peer architectures». EURESCOM Summit, Heidelberg, Germany, October 2002.

BAE SYSTEMS DETICA, *The six business models for copyright infringement – A data driven study of websites considered to be infringing copyright*. 27th June 2012. <*www.prsformusic.com/what-we-do/influencing-policy/research*>

BAINBRIDGE, D. I. *Intellectual Property*, 7th edition. Harlow, England, Pearson, 2009.

BALABAN, D. «The Battle of the Music Industry; The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and more»,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, volumen 12 (2001).

BALLOU, K. "R.I.P. Audiogalaxy". June 21, 2002. <*http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675*>

BAND, J. «USA: Copyright Liability of Search Engines Perfect 10, Inc. v. Amazon.com - Court of Appeal for the 9th Circuit - Decision of 16 May 2007», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, number 4 (2007).

BAND, J. AND MARCINKO, J. «A New Perspective on Temporary Copies: The Fourth Circuit's Opinion in CoStar v. LoopNet», STANFORD TECHNOLOGY LAW REVIEW (2005).

BAND, J. AND SCHRUERS, M. «Grokster in the International arena; The merits of Grokster (US) and Sharman (Australia) compared», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 1 (2006).

BANEGAS NÚÑEZ, J. «Economía sostenible», en BANEGAS NÚÑEZ, J. (dir.). *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible.* Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

BARAN, P. *On distributed communications: I.- Introduction to distributed communications networks*, Memorandum RM-3420-PB. Santa Monica, The RAND Corporation, 1964.

BARKAI, D. *Peer-to-Peer computing: Technologies for sharing and collaborating on the Net.* Hillsboro, Intel Press, 2002.

BARRIO MOISÉS, M. «La sentencia del TJUE YouTube y la responsabilidad de los operadores de plataformas digitales». DIARIO LA LEY, nº 9887, 25 de junio de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BARTHOLOMEW, M. «Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, volumen 32, número 4 (2009).

BATALLER I RUIZ, E. *El Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos. Génesis, Evolución y Perspectivas*. Cizur Menor, Aranzadi—Thomson, 2009.

BATIKAS, M., CLAUSSEN, J. AND PEUKERT, C. *Follow The Money: Online Piracy and Self-Regulation in the Advertising Industry*. CESifo Working Paper, No. 6852. Munich, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), 2018. <*http://hdl.handle.net/10419/174975*>

BAUWENS, M. «The Political Economy of Peer Production», CTHEORY, University of Victoria (2005). Disponible en: <*https://journals.uvic.ca/index.php/ctheory/article/view/14464/5306*>

BBC, «UK piracy warning letters delayed until 2015», Technology, 6 June 2013. <*https://www.bbc.co.uk/news/technology-22796723*>

BENIGER, J. R. *The control revolution; Technological and economic origins of the Information Society*. Cambridge, Harvard University Press, 1986.

BENKLER, Y. *The wealth of networks; How social production transforms markets and freedom.* New Haven, Yale University Press, 2006.

BENNETT, J. S. «Caching In on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbours», FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 35, número 4 (2008).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «La protección jurídica de las bases de datos», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, numero 1 (1999).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Madrid, Tecnos, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ET AL. *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y MARÍN LÓPEZ, J. J. «El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer», en VV.AA., *Protección de la obra audiovisual*. Colección Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, CGPJ, 2007.

BERNERS-LEE, T. *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor*. San Francisco, Harper, 1999.

BERNERS-LEE, T. *Net neutrality is critical for Europe's future*. Blog de Andrus Asip, Vicepresidente y Comisario europeo de Mercado Único Digital. 2 de febrero de 2015. Disponible en: *<https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip/blog/guest-blog-sir-tim-berners-lee-founding-director-world-wide-web-foundation_en>*

BIEM / CISAC / STICHTING DE THUISKOPIE, *Private copying global study - Law and Practices*. 2020. Disponible en *<http://www.cisac.org/Newsroom/news-releases/new-private-copying-global-study-shows-potential-better-remuneration>*

BODÓ, B., GERVAIS, D. AND QUINTAIS, J. P. «Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?»,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 26 (2018).

BOMSEL, O. AND RANAIVOSON, H. «Decreasing Copyright enforcement costs: the scope of a graduated response», REVIEW OF ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES, volumen 6, número 2 (2009).

BONDÍA ROMÁN, F. «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada reprográfica», en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, Tomo III. Madrid, Civitas, 2003.

BORLAND, J. «Well-scrubbed business plan not enough for Scour», CNET NEWS. September 7, 2000. *<http://news.cnet.com/Well-scrubbed-business-plan-not-enough-for-Scour/2100-1023_3-245445.html>*

BORLAND, J. *File-swapping gets supercharged on student network.* CNET News. April 29, 2004. Disponible en: *<http://news.cnet.com/File-swapping-gets-supercharged-on-student-network/2100-1027_3-5202107.html#ixzz1LZ30ghPm>*

BOROUGHF, B. «The Next Great YouTube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Use Compensation», ALBANY LAW JOURNAL OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, Volumen 25, Issue 1 (2015).

BOUZA LÓPEZ, M. A. *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Bases de Datos*. Madrid, Reus, 2001.

BOUZA, M. A. Y CASTRO MARQUES, M. «El caso Napster», ADI, tomo XXI (2000).

BOWMAN, M. AND LINDBLOM, F. «Hyper Linking may be a Criminal Offence; The Swedish MP-3 Case», EIPR, volumen 23, número 1 (2001)

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BRANCÓS I NÚÑEZ, E. «Blockchain, función notarial y registro», EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 71 (2017).

BRAVO, D. *Se confirma el sobreseimiento de web de enlaces por no ser delictiva su actividad.* 5 de diciembre de 2013. Disponible en: *<https://davidbravo.es/sentencias/se-confirma-el-sobreseimiento-de-web-de-enlaces-por-no-ser-delictiva-su-actividad-78.html>*

BRENNAN, D. J. «ISP Liability for Copyright Authorisation: The Trial Decision in Roadshow Films v iiNet», COMMUNICATIONS LAW BULLETIN, volumen 28, número 4 (2010) y volumen 29, número 1 (2010).

BRIDY, A. «ACTA and the Specter of Graduated Response», *PIJIP Research Paper no. 2* (2010). American University Washington College of Law, Washington, DC. Disponible en: *<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/2/>*

BRIDY, A. «Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement», OREGON LAW REVIEW, volumen 89, número 1 (2010).

BRIDY, A. «Graduated Response American Style: "Six Strikes" Measured Against Five Norms», FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, volumen 23, número 1 (2013).

BRIDY, A. «Internet Payment Blockades», FLORIDA LAW REVIEW, volumen 67, número 5 (2015).

BRIDY, A. *Adapting Advertising Infrastructure for Content Regulation: WIPO's BRIP Blacklist.* THE CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY BLOG. Stanford Law School. July 8, 2019. *<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2019/07/adapting-advertising-infrastructure-content-regulation-wipo%E2%80%99s-brip-database>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BRINKEL, G. *Filesharing*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

BUTTARELLI, G. *Resumen de conclusiones del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza*. 2012/C 215/08. Hecho en Bruselas, el 24 de abril de 2012.

CALVERT, S. R. «A Digital World Out of Balance», SANTA CLARA COMPUTER AND HIGH TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 13, número 2 (1997).

CÁMARA LAPUENTE, C. «Protección jurídica de las Bases de Datos en Internet», en CREMADES, J., FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A. E ILLESCAS, R. (coords.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid, La Ley, 2002.

CAMPBELL-KELLY, M. AND ASPRAY, W. *Computer: a history of the information machine*. 2nd edition. Boulder, Westview Press, 2004.

CARBAJO CASCÓN, F. *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*. Madrid, Colex, 2002.

CARBAJO CASCÓN, F. «Reproducción y copia privada en el entorno digital», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 2 (2003).

CARBAJO CASCÓN, F. «El pulso en torno a la copia privada», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 16, enero-abril (2004).

CARBAJO CASCÓN, F. «Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

intelectual en Internet», REVISTA D'INTERNET, DRET I POLÍTICA, número 15 (noviembre, 2012).

CARBAJO CASCÓN, F. Y JIMÉNEZ SERRANÍA, V. «Nubes en la "nube"; Comentario a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16 (VCAST Limited V. RTI SpA)», ADI, volumen 38 (2017-2018).

CAREY, M. AND WALL, D. «MP3; The beat bytes back», INTERNATIONAL REVIEW OF LAW, COMPUTERS & TECHNOLOGY, volumen 15, número 1 (2001).

CARMELO LLOPIS, J. «Blockchain y profesión notarial», EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 70 (2016).

CARREFOUR. Departamento de Comunicación Externa. *Carrefour lanza el primer Blockchain de pescado fresco*. 30 de abril de 2019. *<https://www.carrefour.es/_includes/multimedia/es/w18_np_merluza_blockchain_20190430_tcm5-51090.pdf>*

CARRIER, M. A. *Innovation for the 21st century: Harnessing the power of intellectual property and antitrust law*. Oxford, Oxford University Press, 2009.

CASAS VALLÉS, R. «La fotocopia y su régimen jurídico», ARANZADI CIVIL, número 11, junio (1993).

CASAS VALLÉS, R. Y XALABARDER PLANTADA, R. «Propiedad Intelectual», en PEGUERA POCH, M. (coord.). *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2010.

CASTELLS, M. *The Internet galaxy; Reflections on the Internet, business and society*. New York, Oxford University Press, 2001.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAVANILLAS MÚGICA, S. «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en CAVANILLAS MÚGICA, S. ET AL., *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet.* Granada, Comares, 2007.

CAVAZOS, E. A. AND MORIN, G. *Cyberspace and the Law.* 4th edition. Cambridge, The MIT Press, 1996.

CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *Memorandum of Understanding*, Final 7/6/2011. *<www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf>.*

CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *Second Amendment to Memorandum of Understanding*, FINAL October 29, 2012. *<http://cciwebsite.wpengine.com/wp-content/uploads/2013/02/CCI-MOU-Second-Amendment.pdf>*

CENTER FOR COPYRIGHT PROTECTION, *The Copyright Alert System. Phase One and Beyond.* May 28, 2014. *<www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2014/05/Phase-One-And_Beyond.pdf >*

CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY, *The Perils of Using the Domain Name System to Address Unlawful Internet Content.* September 2011. *<https://cdt.org/insight/the-perils-of-using-the-domain-name-system-to-address-unlawful-internet-content>*

CHANNEL, C. S. «The Twisted Path of the Music File-Sharing Litigation: The Cases That Have Shaped the Litigation and the RIAA's Litigation Strategy», INTELLECTUAL PROPERTY & TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 16, número 10 (2004).

CHAO, J. «Secondary Liability of P2P-like service in China: Kuro Case and Its Impact». Disponible *online* en la URL: *<https://ipo.org/wp-content/uploads/2013/03/JiangChao.pdf>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CHEN, L-S. «Internet Service Provider Copyright Infringement in Taiwan», en DINWOODIE, G. B. (ed.). *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017.

CHISUM, D. S. *Chisum On Patents*, volumen V. New York, Matthew Bender, 2001.

CHOI, B. H. «The Grokster Dead-End», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 19, número 2 (2006).

CLARKE, I. ET AL, «Freenet: A Distributed Anonymous Information Storage and Retrieval System», Workshop on Design Issues in Anonymity and Unobservability. International Computer Science Institute (ICSI), Berkeley, California. July 25-26, 2000

CLARKE, T. *What copyright infrastructure is needed to facilitate the licensing of copyrighted works in the digital age: the International Music Registry (IMR)?*. WIPO/IP/AUT/GE/11/T12. WIPO. Symposium of Intellectual Property Authorities. Services for Access to Knowledge in Promoting Innovation and Creativity. Geneva, September 22 and 23, 2011. *<https://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=22742>*

CLAYTON, R. L. «The Aimster decision», THE NATIONAL LAW JOURNAL. Monday, August 4, 2003.

CLEMENTE MEORO, M. E. Y CAVANILLAS MÚGICA, S. *Responsabilidad civil y contratos en Internet*. Granada, Comares, 2003.

CLIP2 / THE GNUTELLA DEVELOPER FORUM, *The Annotated Gnutella Protocol Specification v0.4*. Disponible *online* en: *<http://rfc-gnutella.sourceforge.net/developer/stable/index.html>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

COHEN, B. *Incentives Build Robustness in BitTorrent.* Workshop on Economics of Peer-to-Peer Systems, Berkeley, USA, May 22, 2003, disponible en <*http://bitconjurer.org/BitTorrent/bittorrentecon.pdf*>

COHEN, B. *The BitTorrent Protocol Specification*, 2008. Disponible en: <*http://www.bittorrent.org/beps/bep_0003.html*>

COMER, D. E. *Internetworking with TCP/IP; Volume I: Principles, protocols and architecture*, 3rd edition. New Jersey, Prentice Hall, 1995.

COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *Boletín Trimestral de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.* Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte, 30 de septiembre de 2021.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.* COM(2015) 192 final. Bruselas, 6.5.2015.

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.* COM(2017) 708 final. Bruselas, 29 de noviembre de 2017.

COMISIÓN EUROPEA. *Recomendación 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.* Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 63/50, de 3 de marzo de 2018.

COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Directiva 2000/31/CE. Bruselas, 15.12.2020. COM(2020) 825 final. 2020/0361(COD).

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo EMPTY. Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital.* COM(2021) 288 final. Bruselas, 4.6.2021.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.* Madrid, diciembre de 2019.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales*. IPN/CNMC/013/22. Madrid, 21 de junio de 2022.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual»*. 2007/C 256/02. Diario Oficial de la Unión Europea, C 256, 27 de octubre de 2007.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of Copyright and related rights*. Brussels, 19.7.2004. SEC(2004) 995.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Décision nº 2006-540 DC, du 27 juillet 2006. Journal officiel du 3 août 2006, page 11541, texte nº 2.*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision nº 2009-580 DC du 10 juin 2009, Journal officiel du 13 juin 2009, page 9675, texte n° 3.*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision nº 2009-590 DC du 22 octobre 2009, Journal officiel du 29 octobre 2009, page 18292, texte nº 3.*

CONSEIL D'ETAT, *19 octobre 2011, société Apple Inc et société I-Tunes Sarl, décision nº 339154*, y *association French Data Network, décisions nº 339279* y *nº 342405.*

CONSEJO FISCAL. *Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible*. Fiscalía General del Estado de España. 12 de febrero de 2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible*. 28 de enero de 2010.

COPYRIGHT RESEARCH AND INFORMATION CENTER, *Copyright Law of Japan*. Tokyo, October 2014. <*www.cric.or.jp/english/clj/doc/20150227_October,2014_Copyright_Law_of_Japan.pdf*>

COULOURIS, G., DOLLIMORE, J. AND KINDBERG, T. *Distributed systems; Concepts and design*, 4th edition. Harlow, Addison-Wesley, 2005.

COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS, *Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, at the 1244th meeting of the Ministers' Deputies).* <*https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900 0016805c1e59*>.

COUNCIL OF EUROPE, DATA PROTECTION UNIT / EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case-law of the*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

European Court of Human Rights concerning the Protection of Personal Data. Strasbourg, June 2018. T-PD(2018)15. *<https://www.coe.int/en/web/data-protection/echr-case-law>*

COUNCIL OF EUROPE / EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, RESEARCH DIVISION, *Internet: case-law of the European Court of Human Rights*. Updated: June 2015. *<https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf>*

CREMADES, J. «Comentario al artículo 1», en CREMADES, J. Y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (coords.). *La nueva ley de Internet*. Madrid, La Ley, 2003.

CREMADES, J. Y GARCÍA-VALDECASAS SOLÍS, M. "Comentario al artículo 1" en CREMADES, J. Y RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid, La Ley, 2004.

CRESPO VITORIQUE, J. «Comentario al Artículo 10», en CREMADES, J. Y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (coords.). *La nueva ley de Internet*. Madrid, La Ley, 2003.

CROCKER, S. ET AL, *Security and Other Technical Concerns Raised by the DNS Filtering Requirements in the PROTECT IP Bill*. Mayo de 2011. *<https://stupid.domain.name/files/2011/05/PROTECT-IP-Technical-Whitepaper-Final.pdf.>*

CRUZ VILLALÓN, P. *Conclusiones del Abogado General*, presentadas el 14 de abril de 2011, en el Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA* contra *Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*.

CZYCHOWSKI, C. AND NORDERMANN, J. «Use of Retained Data and Copyright Law in Germany — The German Data Protection Problem to Fight Internet Piracy», EIPR, número 4 (2010).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, M. A. «Los derechos de autor en la sociedad de la información», en MACÍAS CASTILLO, A. Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (coords.). *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías*. Madrid, La Ley, 2008.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *Manual de Derecho Informático*, 10ª edición. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2008.

DE FILIPPI, P. AND WRIGHT, A. *Blockchain and the Law: the rule of code*. Cambridge, Harvard University Press, 2018.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «Comentario al artículo 1», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2004.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho Privado de Internet*. 4ª ed. Cizur Menor, Civitas — Thomson Reuters, 2011.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021». LA LEY UNIÓN EUROPEA, nº 98, diciembre 2021.

DE ROMÁN PÉREZ, R. *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Editorial Reus, 2003.

DEL CASTILLO, M. *Exclusive: From CryptoKitties To Cardi B: Warner Music Joins $11 Million Investment In Ethereum Replacement*. FORBES, Sep 12, 2019. *<https://www.forbes.com/sites/michaeldelcastillo/2019/09/12/exclusive-from-cryptokitties-to-cardi-b-warner-music-joins-11-million-investment-in-ethereum-replacement/#2f26ec8e2b21>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DELGADO PORRAS, A. «La copia privada en España», REVUE INTERNATIONAL DU DROIT D'AUTEUR, número 145 (1990).

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. *Online Infringement of Copyright (Initial Obligations) Cost-Sharing*. Consultation document. 30th March 2010. *<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110207094250/http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-sectors/docs/10-915-consultation-online-infringement-of-copyright.pdf>*.

DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT, DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, AND MARGOT JAMES MP, *£20 million to boost creative industries across England*. Press release. 7 December 2018. *<https://www.gov.uk/government/news/20-million-to-boost-creative-industries-across-england>*

DERCLAYE, E. «Database Sui Generis Right: What is a Substancial Investment? A Tentative Definition», IIC, volumen 36, número 1 (2005).

DEVOLDER, D. (ed), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*. Cambridge, Intersentia, 2019.

DÍAZ ALABART, S. «Comentario al artículo 31» ALBADALEJO, M. Y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen 4-A. Madrid, EDERSA, 1994.

DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Behind the Cyberlocker Door: A Report on How Shadowy Cyberlocker Businesses Use Credit Card Companies to Make Millions*. 2015.

DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Good Money Gone Bad. Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business - A Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft*. February 2014.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DIGITAL CITIZENS ALLIANCE. *Good Money Still Going Bad: Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business - A Follow-Up to the 2014 Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft*. May 2015.

DING, C. H., NUTANONG, S. AND BUYYA, R. «Peer-to-Peer networks for content sharing», en SUBRAMANIAN, R. AND GOODMAN, B.D. (eds), *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. Hershey, Idea Group Publishing, 2005.

DINWOODIE, G. B. (ed.). *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017.

DIXON, N. «Liability of users and third parties for copyright infringements on the Internet: overview of international developments», en STROWEL, A. (ed.). *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edgard Elgar Publishing, 2009.

DOHERTY, M. AND GRIFFITHS, I. «The Harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age», EIPR, volumen 22, número 1 (2000).

DUTHEILLET DE LAMOTHE, L. ET GASCHET, B. *Étude juridique; La procédure de réponse gradué de la Hadopi.* Saisine du président de la Hadopi du 24 août 2017. Paris, 14 décembre 2017.

EDELMAN, B. *Web Sites Sharing IP Addresses: Prevalence and Significance*. BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY. Harvard Law School. September 12, 2003. *<https://cyber.harvard.edu/archived_content/people/edelman/ip-sharing>*

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

EDSTRÖM, J. AND NILSSON, H. «The Pirate Bay Verdict – Predictable, and Yet…», EIPR, volumen 31, número 9 (2009).

EDWARDS, L. «Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the field of Copyright and Related Rights», WIPO-ISOC Side-Event on the Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright. June 22, 2011. Geneva, Switzerland.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION ET AL. *Digital Rights Management: A failure in the developed world, a danger to the developing world.* White paper for the International Telecommunications Union, ITU-R Working Party 6M Report on Content Protection Technologies. London, Electronic Frontier Foundation, March 23, 2005. *<https://www.eff.org/es/wp/digital-rights-management-failure-developed-world-danger-developing-world>*

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *RIAA v. The People Case Archive. <http://w2.eff.org/IP/P2P/riaa_archive.php>.*

ELKIN-KOREN, N. «Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic», NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF LEGISLATION AND PUBLIC POLICY, volumen 9 (2006).

ENCABO VERA. M. A. *Las obligaciones del editor musical.* Madrid, Editorial Reus, 2002.

ENVISIONAL, *Global Site Blocking Landscape and Analysis.* Cambridge, July 2012.

ERDOZAIN, J. C. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet.* Madrid, Tecnos, 2002.

ESPÍN ALBA, I. Y BOUZA LÓPEZ, M. A. «Ley por la que se Modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril», ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL, tomo XVI (2005-2006).

ESPINEL, V. *Coming Together to Combat Online Piracy and Counterfeiting*. THE WHITE HOUSE. OFFICE OF THE INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT COORDINATOR. July 15, 2013. *<https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2013/07/15/coming-together-combat-online-piracy-and-counterfeiting>*

ESPINEL, V. *Working Together to Stop Internet Piracy*. THE WHITE HOUSE. OFFICE OF THE INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT COORDINATOR. July 7, 2011. *<https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2011/07/07/working-together-stop-internet-piracy>*.

ESTEVE PARDO, M. A. *Contratos multimedia.* Madrid, Marcial Pons, 2003.

EUROPEAN ASSOCIATION OF EUROPEAN INTERNET SERVICES PROVIDERS ASSOCIATIONS, *Internet blocking: frequently asked questions*. March 30, 2013. *<http://www.euroispa.org/internet-blocking-frequently-asked-questions>*

EUROPEAN COMISSION, *Explanatory Memorandum. Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society.* Brussels, 10.12.1997. COM(97) 628 final.

EUROPEAN COMISSION, *Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets*. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 12 de junio de 2017. Disponible en *<http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?&item_id=77704>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

EUROPEAN COMMISSION, *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights*. Signed in Brussels, on 25 June 2018. Disponible en: *<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/30226>*

EUROPEAN COMMISSION, *Advertising sector steps up efforts to fight counterfeiting and piracy.* Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. Published on 23/09/2019. *<https://ec.europa.eu/growth/content/advertising-sector-steps-efforts-fight-counterfeiting-and-piracy_en>*

EUROPEAN COMMISSION, *Report on the functioning of the Memorandum of Understanding on online advertising and intellectual property rights*. Brussels, 14.8.2020 SWD(2020) 167 final/2. *<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/42702>*

EUROPEAN COMISSION, INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *Commission one step closer to restricting revenues of websites that breach intellectual property rights*. Published on: 25/10/2016. *<https://ec.europa.eu/growth/content/commission-one-step-closer-restricting-revenues-websites-breach-intellectual-property-1_en>*

EUROPEAN COMISSION, INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *Memorandum of Understanding on online advertising and IPR. <https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/enforcement/memorandum-of-understanding-online-advertising-ipr_en>*

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES. *The Follow Money Approach to IPR Enforcement – Stakeholders' Voluntary Agreement on Online Advertising and IPR. Guiding Principles*. 21 de octubre de 2016.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

EUROPEAN PARLIAMENT. *Report on enforcement of intellectual property rights in the internal market (2009/2178(INI)). Committee on Legal Affairs. Rapporteur: Marielle Gallo*. Brussels, 3 June 2010.

EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Research on Online Business Models infringing Intellectual Property Rights. Phase 1.* July 2016.

EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Study On Voluntary Registration And Deposit Systems: United States And China*. Alicante, June 2018. *<https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Voluntary_Registration/2018_Voluntary_Registration_en.pdf>*.

EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Identification and Analysis of Malware on Selected Suspected Copyright-Infringing Websites*. September 2018.

EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *IPR Enforcement Case-Law Collection: The Liability and Obligations of Intermediary Service Providers in the European Union*. Alicante, EUIPO, August 2019.

FACEBOOK, *Coming in 2020: Calibra - A New Digital Wallet for a New Digital Currency*. Newsroom. June 18, 2019. *<https://newsroom.fb.com/news/2019/06/coming-in-2020-calibra>*.

FALKNER, J. ET AL, «Profiling a Million User DHT». Internet Measurement Conference, Proceedings of the 7th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement, San Diego, California, USA, 2007.

FARREL, A. *Internet and its protocols; A comparative approach*. San Francisco, Morgan Kaufmann – Elsevier, 2004.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. *La obra cinematográfica reproducida en cintas de video*. Madrid, Marcial Pons, 1995.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. «La posible configuración de la Propiedad Intelectual como un derecho de la personalidad en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

FERNÁNDEZ NOVOA, C. «El Derecho de Autor ante las nuevas tecnologías (el caso Betamax)», ADI, tomo X (1984-1985).

FERRARIO, M. ET AL, *Open Media Remixing and Sharing*. University of California, Berkeley. School of Information Management and Systems. Disponible *online* en *<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.122.3832&rep=rep1&type=pdf>*

FICSOR, M. *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. New York, Oxford University Press, 2002.

FINCK, M. «Blockchains: Regulating the Unknown», GERMAN LAW JOURNAL, volumen 19, número 4 (2018).

FINCK, M. AND MOSCON, V. «Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0», IIC - INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, número 50 (2019).

FIORE, M. *How We're Proactively Combating Counterfeits and Piracy*. FACEBOOK NEWSROOM, May 19, 2021. *<https://about.fb.com/news/2021/05/how-were-proactively-combating-counterfeits-and-piracy/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley Orgánica 15/2003.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la Sociedad de la Información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

FISHER III, W. W. *Promises to Keep; Technology, Law and the Future of Entertainment*. Stanford, Stanford University Press, 2004.

FITZGERALD, B., O'BRIEN, D. AND FITZGERALD, A. «Search Engine Liability for Copyright Infringement», en SPINK, A. AND ZIMMER, M. (eds). *Web Search; Multidisciplinary Perspectives*. Cham, Springer, 2008.

FLENNER, R. ET AL, *Java P2P unleashed*. Indianapolis, Sam Publishing, 2003.

FOROUZAN, B. A. *Introduction to data communications and networking*. New York, McGraw-Hill, 1998.

FOROUZAN, B. A. *Data communications and networking*, 4th edition. New York, McGraw-Hill, 2007.

FRITH, S. (ed), *Music and copyright*. Edinburgh, Edinburgh University Press, 1993.

FOROUZAN, B. A. *Introduction to data communications and networking*. New York, McGraw-Hill, 1998.

FOX NEWS, *RIAA Gets BearShare Software Distributors to Shut Down*. January 13, 2015. Disponible en: *<https://www.foxnews.com/story/riaa-gets-bearshare-software-distributors-to-shut-down>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GABEIRAS, P., MUÑOZ, E. Y ÁLVAREZ, B. «Protección de los contenidos en Internet», en CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A. E ILLESCAS, R. (coords). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid, La Ley, 2002.

GANLEY, P. «Surviving Grokster: innovation and the future of peer-to-peer», EIPR, volumen 28, número 1 (2006).

GARCÍA MEXÍA, P. *Principios de Derecho de Internet*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GARCÍA MEXÍA, P. *Derecho europeo de Internet: hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*. Santa Cristina, Netbiblo, 2009.

GARCÍA MEXÍA, P. «Del Ciberderecho al Criptoderecho. La Criptoregulación», en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

GARCÍA MIRETE, C. M. «El futuro incierto de la directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 27, septiembre-diciembre (2007).

GARCÍA MIRETE, C. M. «La "extracción" de bases de datos: el pulso europeo entre la protección jurídica y el acceso a la información», ADI, volumen 29 (2008-2009).

GARCÍA RIVAS, N. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W", PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 1, enero-abril (1999).

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada, Editorial Comares, 2001.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Madrid, Tecnos, 2007.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Granada, Editorial Comares, 2010.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 38, mayo – agosto (2011).

GAY, J. (ed). *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. Soho Books, 2010.

GEIGER, C. «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 – An Adaptation to the Needs of the Information Society?», IIC, volumen 38, número 4 (2007).

GEIGER, C. «Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI) – A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France», IIC, volumen 42, número 4 (2011).

GEIGER, C. ET AL (eds.). *Intellectual Property and the Judiciary*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GEIGER, C. AND IZYUMENKO, E. «Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: The Advocate General of the CJEU shows the way». CENTER FOR INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES. Research paper no. 2018-12 (2018).

GEIGER, C. AND IZYUMENKO, E. «Intellectual property before the European Court of Human Rights» en C. GEIGER ET AL (eds.). *Intellectual Property and the Judiciary*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

GEIST, M. (ed.). *In The Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto, Irwin Law, 2005.

GEIST, M. *The 2009 Copyright Consultation: Setting the Record Straight*. April 20, 2010. *<http://www.michaelgeist.ca/2010/04/copycon-record-straight/>*

GEIST, M. (ed.). *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canada Copyright and the Digital Agenda*. Toronto, Irwin Law, 2010.

GEIST, M. *No More Settlement Demands: New Rules for Canadian Copyright Notice-and-Notice System Receive Royal Assent*. December 17, 2018. *<http://www.michaelgeist.ca/2018/12/no-more-settlement-demands-new-rules-for-copyright-notice-and-notice-system-receives-royal-assent/>*

GHAFELE, R. AND GIBERT, B. *Counting the Costs of Collective Rights Management of Music Copyright in Europe*. MPRA Paper No 34646, 17 October 2011.

GIBLIN, R. «A Bit Liable? A Guide to Navigating the US Secondary Liability Patchwork», SANTA CLARA HIGH TECH. L.J., volumen 25 (2008).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GIBLIN, R. *Code Wars. 10 Years of P2P Software Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

GIBLIN, R. «Evaluating Graduated Response», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, número 37 (2014).

GIBLIN, R. «On the (new) New Zealand graduated response law (and why it's unlikely to achieve its aims)», TELECOMMUNICATIONS JOURNAL OF AUSTRALIA, volumen 62, número 4 (2012).

GIBLIN-CHEN, R. «On Sony, StreamCast and Smoking Guns», EIPR, volumen 29, número 6 (2007).

GIBLIN-CHEN, R. «Rewinding Sony: An Inducement Theory of Secondary Liability», EIPR, volumen 27, número 11 (2005).

GILLIES, J. AND CAILLIAU, R. *How the Web was born: the story of the World Wide Web*. Oxford, Oxford University Press, 2000.

GINSBURG, J. C. «The (New?) Right of Making Available to the Public», en VAVER, D. AND BENTLY, L., *Intellectual Property in the New Millennium; Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

GINSBURG, J. C. AND DREYFUSS, R. C. *Intellectual Property Stories*. New York, Foundation Press, 2006.

GINSBURG, J. C. AND RICKETSON, S. «Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling», MEDIA AND ARTS LAW REVIEW, volumen 11, número 1 (2006).

GÓMEZ POMAR, F. «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 614, enero-febrero, año LXIX (1993).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GÓMEZ SEGADE, J. A. «El Derecho de Autor en el entorno digital», R.G.L.J., número 3, mayo-junio (1999).

GÓMEZ SEGADE, J. A. «En torno a la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», A.D.I., tomo XXII (2001).

GÓMEZ SEGADE, J. A. «Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», en ROGEL VIDE, C. (coord.), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 1999.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. «Napster: "copias robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet», PE.I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 6 (2000).

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes 'peer to peer' (P2P)», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 18, septiembre-diciembre (2004).

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. «La sentencia de la corte suprema estadounidense en el caso Grokster: la matizada condena a los operadores P2P», PE.I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 20 (2005).

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. «Deberes y responsabilidades en materia de propiedad intelectual», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (coord.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y de alojamiento; Un análisis multidisciplinar*. Granada, Comares, 2005.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada, Editorial Comares, 2008.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa*. Madrid, La Ley, 2011.

GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada, Comares, 2004.

GOOGLE. *How Google Fights Piracy*. September 2013. <*https://docs.google.com/a/google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2dVFqYml5UENUeUE/edit*>

GOOGLE. *How Google Fights Piracy*. July 2016. <*https://drive.google.com/open?id=0BwxyRPFduTN2TmpGajJ6TnRLaDA*>

GOOGLE. *How Google Fights Piracy*. November 2018. <*https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf*>

GOV.UK. «New education programme launched to combat online piracy». Press release. Published 19 July 2014. <*https://www.gov.uk/government/news/new-education-programme-launched-to-combat-online-piracy*>

GRAVES, L. «Digital Revolution», en RUBIN, S. J. AND CASPERS, S. E. (eds). *The Oxford encyclopedia of American cultural and intellectual history*. Volumen I. New York, Oxford University Press, 2013.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Documento de trabajo. Privacidad en Internet; Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea.* Adoptado el 21 de noviembre de 2000. 5063/00/ES/FINAL. WP 37. Pág. 23.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GYNGELL, J. «Hollywood, the hungry Chinaman, and the ISP», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 5, número 5 (2009).

HABER, E. «The French Revolution 2.0: Copyright and the Three Strikes Policy», JOURNAL OF SPORTS & ENTERTAINMENT LAW, volumen 2, número 2 (2010).

HAFNER, K. AND LYON, M. *Where wizards stay up late; The origins of the Internet*. New York, Touchstone, 1998.

HAGEN, G. R. «"Modernizing" ISP Copyright Liability», en GEIST, M. (ed.). *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canada Copyright and the Digital Agenda*. Toronto, Irwin Law, 2010.

HALLIDAY, J. *Pirate Bay co-founders lose appeal*. THE GUARDIAN. Technology. 26 November 2010. *<www.theguardian.com/technology/2010/nov/26/pirate-bay-founders-appeal>*

HAMILTON, S. N. «Made in Canada: A Unique Approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement», en GEIST, M. (ed.). *In The Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto, Irwin Law, 2005.

HANSELL, S. *File-Sharing Services Seek Pact With Record Studios*. THE NEW YORK TIMES, Technology. September 20, 2005. *<http://www.nytimes.com/2005/09/20/technology/20grokster.html?scp=1&sq=imesh%20settlement&st=cse.*

HARDY, I. T. «Computer RAM "Copies": Hit or Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns», UNIVERSITY OF DAYTON LAW REVIEW, volumén 22, número 3 (1997).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

HAUBEN, M. AND HAUBEN, R. *Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet*. Los Alamitos, IEEE Computer Society Press, 1997.

HAUTE AUTORITÉ POUR LA DIFFUSION DES OEUVRES ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET. *Rapport d'Activité 2016-2017*. Paris, Diciembre de 2017.

HECKMANN, O. AND BOCK, A. «The eDonkey 2000 Protocol». Department of Electrical Engineering & Information Technology and Department of Computer Science, Darmstadt University of Technology. KOM Technical Report 08/2002, version 0.8, december 2002.

HECKMANN, O. ET AL, «The eDonkey File-Sharing Network». Multimedia Kommunikation (KOM) Technische Universität Darmstadt, 2004.

HELM, B. *A Hard Ride For eDonkey*. BLOOMBERG BUSINESSWEEK, Information Technology. October 24, 2005. <*www.businessweek.com/magazine/content/05_43/b3956115.htm*>

HENNESSY, J. L. AND PATTERSON, D. A. *Computer Architecture; A Quantitative Approach*, fourth edition. San Francisco, Elsevier, 2007.

HENNI, J. «Un différend avec la Cnil retarde encore l'Hadopi», LA TRIBUNE.FR, 23/12/2009.

HENSLEE, W. «Money for Nothing and Music for Free? Why the RIAA Should Continue to Sue Illegal File-Sharers», THE JOHN MARSHALL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, volumen 9, número 1 (2009).

HEYMANN, L. A. «Inducement as Contributory Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.»,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, volumen 37, número 1 (2006).

HM TREASURY. *Gowers Review of Intellectual Property*, December 2006. *<https://www.gov.uk/government/publications/gowers-review-of-intellectual-property>*

HOEREN, T. «An Assessment of long-term solutions in the context of copyright and electronic delivery services and multimedia products» Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995.

HONG, T. «Performance», en ORAM, A. (ed). *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

HONKASALO, P. «Criminal Proceedings against the Administrators of a BitTorrent Tracker: Finreactor KKO 2010:47», EIPR, volumen 32, número 11 (2010).

HUA, J. J. *Toward a More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era.* Heidelberg, Springer, 2014.

HUFFSTUTTER, P. J. «Scour's Assets Go to Rival for $9 Million», LOS ANGELES TIMES, Technology. December 13, 2000. *<http://articles.latimes.com/2000/dec/13/business/fi-64827>*

HUGENHOLTZ, P. B. *Copyright Aspects of Catching*. Digital Intellectual Property Practice Economic Report (DIPPER), 30 September 1999.

HUGENHOLTZ, P. B. «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», EIPR, volumen 22, número 10 (2000).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

HUGHES, D., COULSON, G. AND WALKERDINE, J. «Free Riding On Gnutella Revisited; The Bell Tolls?», IEEE DISTRIBUTED SYSTEMS ONLINE, volumen 6, número 6 (2005).

HUSOVEC, M. *Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable But Not Liable?*. Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

HUSOVEC, M. AND PEGUERA, P. «Much Ado about Little — Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions». IIC, number 46 (2015).

HUSTINX, P. *Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA)*. 2010/C 147/01. Hecho en Bruselas, el 22 de febrero de 2010.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W. *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Madrid, Dykinson, 2018.

ICANN, *Glosario*. *<https://www.icann.org/resources/pages/glossary-bc-2014-02-04-es>*

INFORMATION INFRAESTRUCTURE TASK FORCE, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*. Washington, U.S. Department of Commerce, 1994.

INFORMATION INFRAESTRUCTURE TASK FORCE, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*. Washington, U.S. Department of Commerce, 1995.

IGLESIAS POSSE, R. «The legal status of copyleft before the Spanish courts», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 4, número 11 (2009).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

IGLESIAS POSSE, R. «Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas diseñadas para intercambiar archivos a través de redes P2P», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 29 (2012).

IGLESIAS POSSE, R. «Ausencia de responsabilidad de creadores y distribuidores de programas P2P por las infracciones de derechos de propiedad intelectual que cometan sus usuarios», REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, número 36 (2014).

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. *Get It Right from a Genuine Site copyright campaign update*. News story. 19 January 2017. *<https://www.gov.uk/government/news/get-it-right-from-a-genuine-site-copyright-campaign-update>*

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. *Young consumers give boost to legal downloading and streaming*. Press release. 4 July 2018. *<https://www.gov.uk/government/news/young-consumers-give-boost-to-legal-downloading-and-streaming>*

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. *South Korean Music Market - A Case Study*. March 2011. *<https://opennet.or.kr/wp-content/uploads/2013/04/IFPI-South-Korean-Music-Market-Case-Study-March-2011.pdf>*

INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY. *Root Zone Database. <https://www.iana.org/domains/root/db>*.

INTERNET POLICIY TASK FORCE, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*. Washington, U.S. Department of Commerce, July 2013.

IZAL, M. ET AL. *Dissecting BitTorrent: Five Months in a Torrent's Lifetime*. The 5th Annual Passive & Active Measurement Workshop, PAM 2004, Antibes Juan-les-Pins, France, April 19-20, 2004.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

JACKSON, M. «*UK ISPs to Send First Internet Piracy Warning Letters this Month*», ISPREVIEW, January 10th, 2017. <*https://www.ispreview.co.uk/index.php/2017/01/big-uk-isps-send-first-internet-piracy-warning-letters-month.html*>

JACKSON, M. AND SHELLY, M. «Black Hats and White Hats: Authorisation of Copyright Infringement in Australia and the United States», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 14, número 1 (2005).

JAPAN COPYRIGHT OFFICE. AGENCY FOR CULTURAL AFFAIRS. GOVERNMENT OF JAPAN. *Copyright System in Japan.* Tokyo, Copyright Research and Information Center (CRIC), October 2016.
<*www.cric.or.jp/english/csj/doc/20161018_October,2016_Copyright_System_in_Japan.pdf*>

JAYASURIYA, M. ET AL. *Forcing the Net Through a Sieve: Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs.* Washington, Public Knowledge, 2009. <*https://www.publicknowledge.org/pdf/pk-filtering-whitepaper-200907.pdf*>

JOHNSON, T. *Internet Service Providers, Studios and Record Labels Call It Quits on Copyright Alert System.* VARIETY. January 27, 2017. <*http://variety.com/2017/digital/news/copyright-alerts-piracy-mpaa-comcast-att-1201971756/*>

JONES, S. «Music and copyright in the USA», en FRITH, S. (ed). *Music and copyright.* Edinburgh, Edinburgh University Press, 1993.

JULIÀ-BARCELÓ, R. «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks» EIPR, volumen 22, número 3 (2000).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

KAN, G. «Gnutella», en ORAM, A. (ed). *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

KARAYAN, R. «L'Hadopi jouera son avenir en 2012», L'EXPRESS L'EXPANSION, Économie, High-Tech, 29.09.2011. Disponible en: *<http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-hadopi-jouera-son-avenir-en-2012_263447.html>*

KARUNARATNE, S. B. «The Case Against Combating BitTorrent Piracy Through Mass John Doe Copyright Infringement Lawsuits». MICHIGAN LAW REVIEW, volumen 111, November 2012.

KIHARA, L. *China and U.S. among 76 WTO members pushing for new e-commerce rules*. REUTERS, News from the 2019 World Economic Forum. January 25, 2019. *<https://www.reuters.com/article/us-davos-meeting-ecommerce/china-and-u-s-among-76-wto-members-pushing-for-new-e-commerce-rules-idUSKCN1PJ0UK>*

KLEIN, S. «Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law», IIC, volumen 39, número 4 (2008).

KLINGBERG, T. AND MANFREDI, R. *Gnutella 0.6*, June 2002. Disponible *online* en *<http://rfc-gnutella.sourceforge.net/src/rfc-0_6-draft.html>*

KLUMPP, T. «File Sharing, Network Architecture, and Copyright Enforcement: An Overview», Working Paper No. 2012-19, University of Alberta, August, 2012, p.16.

KORPELA, E. J. ET AL. «Status of the UC-Berkeley SETI efforts». SPIE Conf. 8152, San Diego, CA, Aug 25, 2011. *<http://setiathome.berkeley.edu/sah_papers/status_of_ucb_seti_efforts_2011.pdf>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

KRETSCHMER, M. «Digital copyright: the end of an era», EIPR, volumen 25, número 8 (2003).

KRIKKE, J. «The Netherlands: Peer to Peer Technology Kazaa», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3 (2004).

KULBAK, Y. AND BICKSON, D. *The eMule Protocol Specification*. Leibniz Center TR-2005-03, School of Computer Science and Engineering, The Hebrew University of Jerusalem. January 2005.

KUR, A. ET AL., «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases» IIC, volumen 37, número 5 (2006).

KUROSE, J. F. AND ROSS, K. W. *Computer networking; A top-down approach*, 5th edition. Boston, Pearson – Addison Wesley, 2010.

KUROSE, J. F. AND ROSS, K. W. *Computer networking; A top-down approach*, 6th edition. Boston, Pearson – Addison Wesley, 2013.

LABOVITZ, C. «The Rise and Fall of P2P», DEEPFIELD.COM, April 10th, 2012.

LADDIE, H., PRESCOTT, P. AND VITORIA, M. *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3rd edition. London, Butterworths, 2000.

LAFRANCE, M. «Graduated Response by Industry Compact: Piercing the Black Box», CARDOZO ARTS & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, número 30 (2012).

LAMON, B. «Validity of GPL License – Société EDU 4 v. AFPA», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 3, 15 de junio (2010).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LANDAU, M. *Digital Downloads, Copy Code, and U.S. Copyright Law*. 16th BILETA Annual Conference, April 9th - 10th, 2001. University of Edinburgh, Scotland.

LANDES, W. AND LICHTMAN, D. «Indirect Liability for Copyright Infringement: Napster and Beyond», JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, volumen 17, número 2 (2003).

LANTAGNE, S. M. «The Morality of MP3s: The Failure of the Recording Industry's Plan of Attack», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 18, número 1 (2004).

LE MONDE, «Nicolas Sarkozy veut étendre les lois contre le piratage au streaming», Technologies, 18.11.2011. Disponible *online* en: <*www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/18/nicolas-sarkozy-veut-etendre-les-lois-anti-piratage-au-streaming_1606123_651865.html#ens_id=1280818*>

LEE, J. C. J. «The ongoing design duty in Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd – Casting the scope of copyright infringement even wider», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 15, número 3 (2006).

LEE M. AND CHAN, E., «Baidu outlook rockets after Google exit», REUTERS, Thursday, April 29, 2010. <*http://www.reuters.com/article/idUSTRE63R5YM20100429*>

LEINER, B. M., CERF, V. G., CLARK, D. D. ET AL. *Brief history of the Internet*. Internet Society, October 2012. Disponible en <*http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#f3*>

LEISTNER, M. «The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search – A Topical Example of the "Limitations" of the European Approach to Exceptions and Limitations", IIC, volumen 42, número 4 (2011).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LEMLEY, M. A. AND REESE, R. A. «Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation», STANFORD LAW REVIEW, volumen 56 (2004).

LEMLEY, M. A. ET AL. *Software and Internet Law*. Second edition. New York, Aspen Publishers, 2003.

LESCURE, P. *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*. Ministere de la Culture et de la Communication. Paris, Mai 2013.

LESSIG, L. *The Future of Ideas; The Fate of the Commons in a Connected World*. New York, Vintage Books, 2001.

LESSIG, L. *Free Culture; The Nature and Future of Creativity*. New York, Penguin, 2004.

LESSIG, L. *Remix*. New York, The Penguin Press, 2008.

LEUF, B. *Peer to Peer; Collaborating and sharing over the Internet*. Indianapolis, Addison–Wesley, 2002.

LI, J. «On peer-to-peer (P2P) content delivery», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 1, número 1 (2008).

LITMAN, J. «The Sony Paradox», CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW, volumen 55, núm. 4 (2005).

LITMAN, J. «The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins Meets the Boston Strangler», en GINSBURG, J. C. AND DREYFUSS, R. C. *Intellectual Property Stories*. New York, Foundation Press, 2006.

LIU, W. ET AL. «Enhancing tit-for-tat for incentive in BitTorrent networks», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 3, número 1 (2010).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LLANEZA GONZÁLEZ, P. *Internet y comunicaciones digitales*. Barcelona, Bosch, 2000.

LLANEZA GONZÁLEZ, P. *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones*. Barcelona, Bosch, 2002.

LLANEZA GONZÁLEZ, P. *Aplicación práctica de la LSSI-CE*. Barcelona, Bosch, 2003.

LLOPIS VAÑÓ, F. «Nuevos modelos de negocio en blockchain», en VILARROIG MOYA, R. Y PASTOR SEMPERE, C. (dirs.). *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*. Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2018.

LLORET MAURI. J. ET AL. «Public Domain P2P File Sharing Networks Content and their Evolution». The IASTED International Conference on Communication Systems and Networks (CSN 2005), Benidorm, Alicante (Spain), September 12-14, 2005.

LLORET MAURI, J. ET AL. «The Popularity Parameter in Unstructured P2P File Sharing Networks». 4th WSEAS International Conference on Applied Informatics and Communications, Puerto de la Cruz, Tenerife (Spain), December 17-19, 2004.

LLORET MAURI, J., GRANADOS TENORIO, M. A. Y BORONAT SEGUÍ, F. *Evolución y Contenido de las Redes P2P de Compartición de Ficheros de Dominio Público*. XX Simposio Nacional de la Unión Científica Internacional de Radio (URSI2005). Gandía, Valencia, 14 a 16 de septiembre de 2005.

LLOYD, S. *Programming the universe: a quantum computer scientist takes on the cosmos*. New York, Alfred A. Knoft, 2006.

LÓPEZ GUERRA, L. «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "le mouvement nécessaire des

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

choses"». UNED, TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL, número 39 (2017).

LÓPEZ MAZA, S. *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Granada, Editorial Comares, 2009.

LÓPEZ MAZA, S. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017.

LÓPEZ MAZA, S. «Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España S.A.U. Asunto C-275/06», en SÁNCHEZ ARISTI, R. ET AL. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual; Análisis y comentarios*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2017.

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en MATEU DE ROS, R. Y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.). *Derecho de Internet*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2003.

LÓPEZ RICHART, J. «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Dykinson, 2008.

LOUNDY, D. J. «Revising the Copyright Law for Electronic Publishing», THE JOHN MARSHALL JOURNAL OF COMPUTER & INFORMATION LAW, volumen 14, número 1 (1995).

LOY, G. «Musicians make a standard: the MIDI phenomenon», COMPUTER MUSIC JOURNAL, volumen 9, número 4 (1985).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LUCAS, A. Y CÁMARA AGUILA, P. «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la "Declaración por una interpretación equilibrada de la «Regla de los Tres Pasos» en el Derecho de Autor"». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 33, septiembre – diciembre (2009).

LV, Q. ET AL. «Search and replication in unstructured peer-to-peer networks», Proceedings of the 16th International Conference of Supercomputing. Linköping, Sweden, 2002.

MACÍAS CASTILLO, A. Y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (coords.). *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías*. Madrid, La Ley, 2008.

MALOVIC, N. *Swedish Patent and Market Court upholds Sweden's first dynamic blocking injunction*. THE IPKAT. July 2, 2020. *<https://ipkitten.blogspot.com/2020/07/swedish-patent-and-market-court-upholds.html>*

MANBER, U. *Introduction to Algorithms; A Creative Approach*. Reading, MA, Addison-Wesley, 1989.

MANNER, M. «A BitTorrent P2P Network Shut Down and its Operation Deemed Illegal in Finland», ENTERTAINMENT LAW REVIEW, volumen 19, número 1 (2009).

MARCO MOLINA, J. *La Propiedad Intelectual en la Legislación Española*. Madrid, Marcial Pons, 1995.

MARÍN LÓPEZ, J. J. «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 20, mayo-agosto (2005).

MARÍN LÓPEZ, J. J. «La copia privada y su alcance como límite del Derecho de Autor», en VV.AA., *XXIV Jornadas de Estudio sobre*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Propiedad Industrial e Intelectual. Publicación número 42 del grupo español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual (AIPPI), 2009.

MARÍN RAIGAL, G. «La excepción obligatoria relativa a las reproducciones provisionales en el art. 31 LPI» en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Dykinson, 2008.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. «Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 34, enero-abril (2010).

MARTIN, R. *Supreme Court denies Pirate Bay right to appeal*. THE LOCAL. 1 February 2012. *<https://www.thelocal.se/20120201/38844/>*

MARTÍN SALAMANCA, S. en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2009.

MARTOS, J. J. *Imposición Indirecta del Comercio Electrónico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

MASSAGUER FUENTES, J. «Los derechos de propiedad intelectual en Internet», COMUNICACIÓN Y ESTUDIOS UNIVERSITARIOS: REVISTA DE CIÈNCIES DE LA INFORMACIÓ, número 7 (1997).

MASSAGUER, J. «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 13, enero-abril (2003).

MATHEWS, K. J. «Misunderstanding RAM: Digital Embodiments and Copyright», BOSTON COLLEGE INTELLECTUAL PROPERTY & TECHNOLOGY FORUM (1997).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION. *A Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law*. Munich, ATRIP Conference, September 1, 2018.

MCBRIDE, S. AND SMITH, E. «Music Industry to Abandon Mass Suits». THE WALL STREET JOURNAL, Technology. December 19, 2008. <*http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html*>

MCCARTHY, C. *File-sharing site eDonkey kicks it*. CNET News. September 13, 2006. Disponible en: <*http://news.cnet.com/File-sharing-site-eDonkey-kicks-it/2100-1030_3-6115353.html*>

MCCORD HOFFMANN, G. «Arguments for the Need for Statutory Solutions to the Copyright Problem Presented by RAM Copies Made during Web Browsing», TEXAS INTELLECTUAL PROPERTY LAW JOURNAL, volumen 9, número 1 (2000).

MEALE, D. «Online service provider's liability for the activities of its users», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 5, número 7 (2010).

MEHRA, S. K. AND TRIMBLE, M. «Secondary Liability of Internet Service Providers in the United States: General Principles and Fragmentation», en DINWOODIE, G. B. (ed.)- *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volumen 25. Cham, Springer International Publishing, 2017.

MENELL, P. S. «Indirect Copyright Liability and Technological Innovation», COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS, número 32 (2009).

MENNECKE, T. *i2hub Shuts Down*. SLYCK News. November 15, 2005. <*http://www.slyck.com/story994_i2hub_Shuts_Down*>.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MENNECKE, T. *Resurrecting WinMX*. SLYCK News. September 23, 2005. <*http://www.slyck.com/news.php?story=925*>

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. *La Protección Jurídica del Fabricante de Bases de Datos: Derecho Sui Generis y Competencia Desleal*. Madrid, Dykinson – Universidad Rey Juan Carlos, 2005.

MEYER, T. AND VAN AUDENHOVE, L. «Surveillance and Regulating Code; An Analysis of Graduated Response in France». SURVEILLANCE & SOCIETY, volume 9, número 4 (2012).

MILES, E. «In re Aimster & MGM, Inc. v. Grokster, Ltd.», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 19 (2004).

MILLER, J. «Jabber; Conversational technologies», en ORAM, A. (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

MILOJIČIĆ, D. S. ET AL. *Peer-to-Peer computing*. HPL-2002-57 (R.1). HP Laboratories, Palo Alto, 2003.

MILOSIC, K. *GRD's Failure*. MUSIC BUSINESS JOURNAL, BERKLEE COLLEGE OF MUSIC. August 2015. Disponible en: <*http://www.thembj.org/2015/08/grds-failure/*>

MINAR, N. AND HEDLUND, M. «A network of peers; Peer-to-Peer models through the History of the Internet», en ORAM, A. (ed), *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

MINERO ALEJANDRE, G. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. *Publication du décret supprimant la peine complémentaire de la suspension d'accès à Internet.* Communiqué de presse. Paris, 2013. *<http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/72701/555642/file/130709_MCC%20-%20cp%20suspension%20d%27acc%C3%A8s%20%C3%A0%20internet.pdf>*.

MOORE, D. AND HEBELER, J. *Peer-to-Peer; Building secure, scalable and manageable networks*. Berkeley, Osborne – McGraw Hill, 2002.

MORALES BARROSO, J. «¿Qué es Blockchain?», en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

MORÁN RIVERO, J. M. Y SOLER MATUTES, P. «Acceso, interconexión y numeración en redes de comunicaciones electrónicas», en SÁNCHEZ BLANCO, M. (dir.). *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2008.

MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.). *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Dykinson, 2008.

MORÓN LERMA, E. «La infracción de los derechos de propiedad intelectual en el medio digital: aspectos penales», en PALAO MORENO, G. Y PLAZA PENADÉS, J. (dirs). *Nuevos retos de la propiedad intelectual*. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2009.

MORRIS, P. S. «Pirates of the Internet, At Intellectual Property's End With Torrents and Challenges for Choice of Law», INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY, volumen 17, número 3 (2008).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MONTESINOS GARCÍA, A. «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre». PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 50, mayo – agosto (2015).

MOTION PICTURE ASSOCIATION OF AMERICA. *Belgian & Swiss Authorities Break Razorback2. World's Largest P2P Facilitator Put Out of Illegal Business*. MPAA Press release, February 21, 2006.

MULLIGAN, D. K. AND PERZANOWSKI, A. K. «The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit Incident», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, volumen 22, número 3 (2007).

MURRAY, A. *Information Technology Law; The Law and Society*. 3rd edition. Oxford, Oxford University Press, 2016.

MUSUMECI, M. *Money Laundering and Copyright Piracy*. UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE. EUIPO webinar. 28/03/2019.

NAKAMOTO, S. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Documento disponible en varios idiomas a través de <*https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper*>

NAUGHTON, J. *A brief history of the future; The origins of the Internet*. London, Weidenfeld & Nicolson, 1999.

NAVARRO DE ANDRÉS, S. «Contratos inteligentes. En especial, su implantación técnica en negocios *blockchain*», en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

NEALE, D. *Infringing Website Lists (IWLs): As France Looks to Follow the Lead of Others, Smart Blocklist Technology is Needed to Defeat IWL Evasion Techniques*. WHITE BULLET. 1 Jun 2018.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

<https://www.white-bullet.com/infringing-website-lists-iwls-as-france-looks-to-follow-the-lead-of-others-smart-blocklist-technology-is-needed-to-defeat-iwl-evasion-techniques>

NEGROPONTE, N. *Being digital*. London, Hodder & Stoughton, 1995.

NIIOKA, S. AND HUGHES, J. «The File Rogue Case», disponible en: *<https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/article/hughes_4Mar2009.pdf>*

NILSSON, H. «Different Approaches in Nordic File Sharing Case Law», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 6 (2006).

NIMMER, M. B. AND NIMMER, D. *Nimmer On Copyright*, volumen III. New York, Matthew Bender, 2003.

NORDEMANN, J. B. «Website Blocking under EU Copyright Law», en E. ROSATI (ed). *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*. London—New York, Routledge, 2021.

O'BRIEN. D. *Three Strikes, Three Countries: France, Japan and Sweden*. ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. March 18, 2008. *<https://www.eff.org/deeplinks/2008/03/three-strikes-three-countries>*

O'DAIR, M. *The networked record industry. How blockchain technology could transform the monetisation of recorded music*. NEMODE, March 2016. *<http://www.nemode.ac.uk/wp-content/uploads/2012/12/ODair-The-networked-record-industry-REPORT-1.pdf>*

O'DAIR, M. AND BEAVEN, Z. «The networked record industry: How blockchain technology could transform the record industry», STRATEGIC CHANGE: BRIEFINGS IN ENTREPRENEURIAL FINANCE. Special Issue: The Future of Money and Further Applications of the Blockchain, volumen 26, número 5 (2017).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

OFCOM. *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Draft Initial Obligations Code.* 28 May 2010. <*https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-2/copyright-infringement#*>

OFCOM. *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Notice of Ofcom's proposal to make by order a code for regulating the initial obligations.* 26 June 2012. Disponible en: <*https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/infringement-notice*>

OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET. *Digital Advertising on Suspected Infringing Websites*. January 2016.

OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA. *Malware. Cuál es su objetivo y cómo nos infecta*. 11/10/2016. <*https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2016/10/11/malware-cual-es-su-objetivo-y-como-nos-infecta*>

OLIVENNES, D. *Le développement et la protection des oeuvres culturelles sur les nouveaux réseaux. Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication*. Paris, Novembre 2007.

ORAM, A. (ed). *Peer-to-Peer: Harnessing the power of disruptive technologies*. Sebastopol, O'Reilly & Associates, 2001.

ORFALI, R., HARKEY, D. AND EDWARDS, J. *The Essential Client/Server Survival Guide*, 2nd edition. New York, John Wiley & Sons Inc., 1996.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *WIPO PROOF: la OMPI pone en marcha un nuevo servicio que proporciona pruebas de la existencia de los activos intelectuales*. PR/2020/855. Ginebra, 27 de mayo de 2020.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Supresión del servicio de generación de fichas digitales de WIPO PROOF*. 11 de octubre de 2021. <*https://www.wipo.int/wipoproof/es/news/2021/news_0003.html*>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *El Comité de Normas Técnicas de la OMPI pone en marcha una serie de seminarios web sobre la cadena de bloques en el ámbito de la PI*. 17 de junio de 2020. Disponible en: <*https://www.wipo.int/standards/es/news/2020/news_0001.html*>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*. Informe del Grupo Especial WT/DS160/R. Ginebra, 15 de junio de 2000.

ORTEGA DÍAZ, J. F. *Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*. Cizur Menor, Thomson – Aranzadi, 2006.

OPEN NET, *Copyright Reform; Abolishing Three-Strikes-Out Rule from Copyright Law*. <*https://opennet.or.kr/copyright-reform*>

OSWALD, L. J. «The Intent Element of "Inducement to Infringe" Under Patent Law: Reflections on Grokster», MICHIGAN TELECOMMUNICATIONS AND TECHNOLOGY LAW REVIEW, volumen 13 (2006).

OUT-LAW NEWS, «File-sharing network operator acquitted of fraud charges», 18/01/2010, disponible en: <*http://www.out-law.com/page-10668*>

OWEN, B. M. «The Net Neutrality Debate: Twenty-Five Years after *United States v. AT&T* and 120 Years after the *Act to Regulate Commerce*», John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Law School. Working Paper No. 336, February 2007, disponible en *<http://ssrn.com/abstract=963623>*

PAPADOPOLI, M. AND SCHULZRINNE, H. *Peer-to-Peer Computing for Mobile Networks Information Discovery and Dissemination*. New York, Springer, 2009.

PARADELA AREÁN, P. *La aplicación del derecho antitrust de la Unión Europea a la gestión colectiva de los derechos de autor.* Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2013.

PARCHER, T. A. «The Fact and Fiction of Grokster and Sony; Using Factual Comparisons to Uncover the Legal Rule», UCLA LAW REVIEW, volumen 54 (2006).

PARLAMENTO EUROPEO. *Todo sobre ACTA*. Bruselas, 4 de julio de 2012. *<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20120220FCS38611+0+DOC+XML+V0//ES>*

PASCUA VICENTE, S. *Unión Europea: Novedades sobre la transposición de la Directiva 2019/790/UE sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.* INSTITUTO AUTOR. 31 de mayo de 2021. *<http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=3116&s=1>*

PATRY, W. F. *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, second edition. Arlington, BNA Books, 1995.

PATRY, W. *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York, Oxford University Press, 2009.

PATTERSON, D. A. AND HENNESSY, J. L. *Computer Organization and Design: The Hardware/Software Interface*, fourth edition. Massachussets, Morgan Kaufmann, 2009.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PEGUERA, P. «Spanish transposition of Arts. 15 and 17 of the DSM Directive. An overview of some selected issues». JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volume 17, issue 5, May 2022.

PEGUERA POCH, P. «El sistema d'exempcions de responsabilitat del proveïdors de serveis d'internet», REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, número 3 (2002).

PEGUERA POCH, M. *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada, Comares, 2007.

PEGUERA POCH, M. *La Audiencia deja sin efecto el sobreseimiento libre del caso elitedivx.* RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 26 de septiembre de 2009. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/09/26/a-apm-elitedivx/>*

PEGUERA POCH, M. *La Audiencia de Barcelona se aparta de la doctrina Sharemula (caso Ps2rip.net)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 14 de noviembre de 2009. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/11/14/ps2rip/>*

PEGUERA POCH, M. *Medidas cautelares en procedimientos civiles contra webs de enlaces*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 9 de diciembre de 2009. Disponible en: *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/12/09/medidas-cautelares-civil/>*

PEGUERA POCH, M. *Una vez más: el mero enlace no es comunicación pública (caso indice-web)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 12 de mayo de 2010. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/05/12/sentencia-indice-web-com/>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PEGUERA POCH, M. *El TS confirma que la exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos del art. 16 LSSICE es aplicable a los foros (caso Quejasonline)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET, 12 de junio de 2010. *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/06/12/casoquejasonline/>*

PEGUERA POCH, M. *Atipicidad de la conducta de favorecer la comunicación de obras protegidas (léase, el mero enlace no es delito)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET, 21 de junio de 2010. *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2010/06/21/atipicidad_enlaces/>*

PEGUERA POCH, M. «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario de la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio *web* www.elrincondejesus.com)», DIARIO LA LEY, número 7462, martes, 7 de septiembre de 2010.

PEGUERA POCH, M. *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (1)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 16 de abril de 2011. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/04/16/enigmatica-sentencia-apb-elrincondejesus-1/>*

PEGUERA POCH, M. *La enigmática sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre elrincondejesus (2)*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 20 de abril de 2011. Disponible en: *<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/04/20/la-enigmatica-sentencia-de-la-audiencia-sobre-elrincondejesus-com-y-2/>*

PEGUERA POCH, M. *La Audiencia de Barcelona aclara que los enlaces a Megaupload no son puesta a disposición.* RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 14 de julio de 2011. Disponible en: *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/07/14/la-*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

audiencia-de-barcelona-aclara-que-los-enlaces-a-megaupload-no-son-puesta-a-disposicion/>

PEGUERA POCH, M. *Análisis de la sentencia contra fenixp2p y mp3-es*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 24 de noviembre de 2011. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2011/11/24/analisis-de-la-sentencia-contra-fenixp2p-y-mp3-es/>*

PEGUERA POCH, M. «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, nº 42, septiembre – diciembre 2012.

PEGUERA POCH, M. *Obligan al proveedor de acceso a suspender el servicio a un usuario por compartir archivos en P2P*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 20 de enero de 2014. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2014/01/20/138lpi>*

PEGUERA POCH, M. *La Audiencia Nacional confirma una orden de retirada de enlaces dictada por la Comisión de Propiedad Intelectual*. RESPONSABILIDAD EN INTERNET. 18 de diciembre de 2014. *<https://responsabilidadinternet.wordpress.com/2014/12/18/la-audiencia-nacional-confirma-una-orden-de-retirada-de-enlaces-dictada-por-la-comision-de-propiedad-intelectual/>*

PEGUERA POCH, M. Y TARRÉS VIVES, M. «Marco jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico», en PEGUERA POCH, M. (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información.* Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2010.

PÉREZ ROYO, V. «Las diferentes vías para la protección de los derechos de Propiedad Intelectual en Internet», DIARIO LA LEY, número 9584, 2 de marzo de 2020.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PERZANOWSKI, A. «Fixing RAM Copies», NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 104, número 3 (2010).

PESSACH, G. «An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions», VAND. J. TRANS. L., volumen 40 (2007).

PHILLIPS, J. «'Three Strikes'… and then?». JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, volumen 4, número 8 (2009).

PHILLIPS, J. *Pirate Bay prosecution: appeal results*. THE IPKAT. November 28, 2010. *<https://ipkitten.blogspot.com/2010/11/pirate-bay-prosecution-appeal-results.html>*

PIGNATELLI, F. (ed.). *Blockchain for digital government. An assessment of pioneering implementations in public services*. EUR 29677 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

PISCITELLO, D. *Guidance for Preparing Domain Name Orders, Seizures & Takedowns*. ICANN Security Team, 8 March 2012. *<https://www.icann.org/en/blogs/details/thought-paper-on-domain-seizures-and-takedowns-8-3-2012-en>*

PISCITELLO, D. *The Value of Assessing Collateral Damage Before Requesting a Domain Seizure*. ICANN Security Team, 24 January 2012. *<https://www.icann.org/resources/files/seizure-collateral-assess-2013-01-24-en>*

PLAZA PENADÉS, J. *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*. Cizur Menor, Aranzadi – Thomson, 2002.

PLAZA TORRES, J. *Clientes de Euskaltel y Movistar están recibiendo multas por descargar y compartir series y películas vía P2P*. 20 MINUTOS. 16.09.2019.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

<https://www.20minutos.es/noticia/3765433/0/clientes-euskaltel-movistar-recibiendo-multas-descargar-compartir-series-peliculas-via-p2p/>

PONCE DE LEON, P. J. «Blockchain, un nuevo patrón tecnológico», en VILARROIG MOYA, R. Y PASTOR SEMPERE, C. (dirs.). *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*. Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2018.

POPPER, N. AND ISAAC, M. *Facebook-Backed Libra Cryptocurrency Project Is Scaled Back*. THE NEW YORK TIMES. Technology. April 16, 2020. *<https://www.nytimes.com/2020/04/16/technology/facebook-libra-cryptocurrency.html>*

POST, D. G. «His Napster's Voice», en THIERER, A. AND CREWS, C. W. (eds). *Copy Fights; The Future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington, CATO Institute, 2002.

POUWELSE, J. A. ET AL. *The BitTorrent P2P File-Sharing System: Measurements and Analysis*. 4th International Workshop on Peer-To-Peer Systems, IPTPS 2005, Ithaca, Cornell University Campus, NY, USA, February 25, 2005.

PRENAFETA RODRÍGUEZ, J. «Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica», DIARIO LA LEY, número 8.824, Sección Legal Management, 15 de septiembre de 2016.

PROFESSORS' LETTER IN OPPOSITION TO "PREVENTING REAL ONLINE THREATS TO ECONOMIC CREATIVITY AND THEFT OF INTELLECTUAL PROPERTY ACT OF 2011" *(PROTECT-IP Act of 2011, S. 968).* Disponible en: *<https://cdt.org/files/pdfs/SOPA_House_letter_with_PROTECT_IP_letter_FINAL.pdf>*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RAVAL, S. *Decentralized Applications; Harnessing Bitcoin's Blockchain Technology*. Sebastopol, O'Reilly, 2016.

RAYNA, T. AND BARBIER. L. «Fighting consumer piracy with graduate response: An evaluation of the French and British implementations», INTERNATIONAL JOURNAL OF FORESIGHT AND INNOVATION POLICY, volumen 6, número 4 (2010).

RICKETSON, S. «WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment», SCCR/9/7, Standing Committee on Copyright and Related Rights. Ninth Session. Geneva, June 23 to 27, 2003.

RICKETSON, S. *The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986*. London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College – Kluwer, 1987.

RICKETSON, S. AND GINSBURG, J. *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond.* Volumen I. Oxford, Oxford University Press, 2006.

RIETJENS, B. «Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of BitTorrent», SCRIPT-ED, volumen 2, número 3 (2005).

RIFKIN, J. *The third industrial revolution: how lateral power is transforming energy, the economy and the world.* New York, Palgrave Macmillan, 2011.

RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA. *NMPA Reach Settlement With Audiogalaxy.com*. RIAA News release. June, 2002.
<http://www.riaa.com/newsitem.php?content_selector=newsandviews&news_month_filter=6&news_year_filter=2002&id=333BEE13-B3F7-3989-4957-2009943BB70E>

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA. *RIAA Targets New Piracy Epidemic On Special High-Speed Campus Network.* RIAA News Release, April, 2005. *<http://www.riaa.com/newsitem.php?content_selector=newsandviews &news_month_filter=4&news_year_filter=2005&id=C7FEB5DE-3869-77B7-2206-FD6E197C0B69&>*

REN, P. «The Fate of BitTorrent John Does: A Civil Procedure Analysis of Copyright Litigation». HASTINGS LAW JOURNAL, volumen 64, May 2013.

REYNOLDS, D. «The RIAA Litigation War on File Sharing and Alternatives More Compatible with Public Morality», MINNESOTA JOURNAL OF LAW, SCIENCE & TECHNOLOGY, volumen 9, número 2 (2008).

RIBERA BLANES, B. *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Madrid, Dykinson, 2002.

RIBERA BLANES, B. «Hipervínculos y Frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 13, enero-abril (2003).

RICKETSON, S. «WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment», SCCR/9/7, Standing Committee on Copyright and Related Rights. Ninth Session. Geneva, June 23 to 27, 2003.

RICKETSON, S AND GINSBURG. J. C. *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond.* Second edition. Volume I. Oxford, Oxford University Press, 2006.

RIETJENS, B. «Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of BitTorrent», SCRIPT-ED, volumen 2, número 3 (2005).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RIFKIN, J. *The third industrial revolution: how lateral power is transforming energy, the economy and the world*. New York, Palgrave Macmillan, 2011.

RIORDAN, J. *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford, Oxford University Press, 2016.

RIORDAN, J. «Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law», en DINWOODIE, G. B. (ed). *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. Volumen 25. Cham, Springer, 2017.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición. Madrid, Tecnos, 2007.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 7 de junio y 23/2006, de 7 de julio*. Cizur Menor, Thomson – Aranzadi, 2006.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Cizur Menor, Thomson—Civitas, 2009.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Y BONDÍA ROMÁN, F. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, Civitas, 1997.

ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2003.

ROGEL VIDE, C. (coord.). *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 1999.

ROMERO-MORENO, F. AND GRIFFIN, J. GH. «The UK's criminal copyright proposals in an era of technological precision», EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY, volumen 7, núm. 2 (2016).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ROSEN, R. S. *Music and Copyright*. New York, Oxford University Press, 2008.

RÖSLER, H. «Cybersky», IIC, volumen 37, número 8 (2006).

RUBIO NÚÑEZ, R. «Blockchain: gobierno y democracia», en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

RUBIN, S. J. AND CASPERS, S. E. (eds). *The Oxford encyclopedia of American cultural and intellectual history*. New York, Oxford University Press, 2013.

RUZ, F. «Kazaa y el fin de la revolución. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de Septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd [2005] FCA 1242», PE. I. REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 21 (2005).

SAG, M. «Twelve Year-Olds, Grandmothers, and Other Good Targets for the Recording Industry's File Sharing Litigation», NORTHWESTERN JOURNAL OF TECHNOLOGY AND INTELLECTUAL PROPERTY, volumen 4, número 2 (2006).

SALAS CARCELLER, A. «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la comisión», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

SAMUELSON, P. «The US Digital Agenda at WIPO», VANDERBILT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, volumen 37 (1997).

SAMUELSON, P. «Three Reactions to MGM v. Grokster», MICHIGAN TELECOMMUNICATIONS AND TECHNOLOGY LAW REVIEW, volumen 13, número 1 (2006).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SAMUELSON, P. «Unbundling Fair Use», FORDHAM LAW REVIEW, volumen 77, número 5 (2009).

SAMUELSON, P. AND WHEATLAND, T. «Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform», WILLIAM & MARY LAW REVIEW, volumen 51 (2009).

SAMUELSON-GLUSHKO CANADIAN INTERNET POLICY AND PUBLIC INTEREST CLINIC, UNIVERSITY OF OTTAWA (CIPPIC). *Letter to the Honourable James Moore, Ministry of Industry*. April 23, 2015. Disponible en <*https://cippic.ca/uploads/LT_Moore-FixingNoticeNotice.pdf*>

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E. Y GARCÍA PACIOS, A. «Derecho y disrupción tecnológica: ¿pueden interactuar Blockchain y el Registro de la Propiedad español?», DIARIO LA LEY. Sección Ciberderecho. Núm. 61, 25 de abril de 2022.

SÁNCHEZ ARISTI, R. *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª edición. Granada, Editorial Comares, 2005.

SÁNCHEZ ARISTI, R. *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.

SÁNCHEZ ARISTI, R. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2017.

SÁNCHEZ ARISTI, R. ET AL. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual; Análisis y comentarios*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2017.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. «Títulos habilitantes para la prestación de servicios de Internet», en CREMADES, J.,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A. E ILLESCAS, R. (coords.). *Régimen Jurídico de Internet.* Madrid, La Ley, 2002.

SANJUAN, N. «Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos: Análisis de la jurisprudencia comunitaria. Casos Fixtures y British Horseracing», PE.I REVISTA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, número 22, enero-abril (2006).

SANTAELLA GARCÍA-ROYO, I. «Comentario al artículo 6», en CREMADES, J. Y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (coords.). *La nueva ley de Internet*. Madrid, La Ley, 2003.

SAVELYEU, A. «Copyright in the blockchain era: Promises and challenges», COMPUTER LAW AND SECURITY REVIEW, número 34 (2018).

SCHLESINGER, M. «Legal issues in peer-to-peer file sharing, focusing on the making available right», en STROWEL, A. (ed). *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

SCHMIDT, C. AND PARASHAR, M. «Peer-to-Peer Information Storage and Discovery Systems», en SUBRAMANIAN, R. AND GOODMAN, B. D. (eds). *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005.

SCHNEIER, B. «Real Story of the Rogue Rootkit», WIRED MAGAZINE, Business, 17.11.2005, disponible en *<https://www.wired.com/2005/11/real-story-of-the-rogue-rootkit/>*

SCHODER, D., FISCHBACH, K. AND SCHMITT, C. «Core concepts in Peer-to-Peer networking», en SUBRAMANIAN, R. AND GOODMAN, B. D. (eds). *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SCHOENHERR, S. E. *Recording technology history*. New York, The Audio Engineering Society, 2005. Disponible *online* en: <*www.aes.org/aeshc/docs/recording.technology.history/notes.html*>

SCHRICKER, G. (ed), *Urheberrecht Kommentar*, 2ª edición. C.H. Beck, Munich, 1999.

SCHRUERS, M. AND BAND, J. «Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd [2005] FCA 1242». Disponible en: <*http//www.policybandwidth.com/doc/SharmanFinal.pdf*>

SCHULMAN, B. M. «The song heard 'round the world: the copyright implications of MP3s and the future of digital music», HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, volumen 12, número 3 (1999).

SCHULTZ, M. F. «Fear And Norms And Rock & Roll: What Jambands Can Teach Us About Persuading People To Obey Copyright Law», BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, número 2, volumen 21 (2006).

SÉDALLIAN, V. «La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique», CAHIERS LAMY DU DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RÉSEAUX, número 110 (1999).

SEGURA SERRANO, A. «El Acuerdo Comercial de lucha contra la falsificación (ACTA): una evaluación desde el derecho de la UE», REVISTA GENERAL DE DERECHO EUROPEO, número 28, 2012.

SERRANO CAÑAS, J. M. «A transposición da Directiva 2001/29/CE. Unha visión comparada», en GARCÍA PÉREZ, R. Y LÓPEZ SUAREZ, M. A. *Novos Retos para a Propiedade Intelectual. II Xornadas sobre a Propiedade Intelectual e o Dereito de Autor/a. A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007*. A Coruña, Universidade de A Coruña, Servizo de Publicacións, 2008.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SHANGHAI INTELLECTUAL PROPERTY ADMINISTRATION (SIPA). *Ten Typical Cases on Intellectual Property Protection in Shanghai in 2008*. SIPA, 2008. *<http://www.sipa.gov.cn/zscq/zscqjel/node160/node202/userobject1ai8169.html>*

SIGALL, J. L. «Copyright Infringement Was Never this Easy: RAM Copies and Their Impact on the Scope of Copyright Protection for Computer Programs», THE CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW, volumen 45, número 1 (1995).

SIRINELLI, P. *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. WCT-WPPT/IMP/1. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.

SIVAN, L., SMITH, M. D. AND TELANG, R. *Do Search Engines Influence Media Piracy? Evidence from a Randomized Field Study*. School of Information Systems and Management. Heinz College, Carnegie Mellon University. September 2014. Disponible en *<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2495591>*

SLOMAN, M. AND KRAMER, J. *Distributed systems and computer networks*. New Jersey, Prentice-Hall, 1987

SMITH, A. AND KOLLOCK, P. (eds). *Communities in cyberspace*. London, Routledge, 1999.

SMITH, S. «From Napster to KaZaA: The Battle over Peer-to-Peer Filesharing Goes International», DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW, número 8 (2003). Disponible en: *<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2003dltr0008.html>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SOLOMON, L. «Fair Users or Content Abusers: The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on YouTube», HOFSTRA LAW REVIEW, Volume 44, Issue 1, (2015).

SOOKMAN, B. *Notice and notice regime under C-11 coming into force.* June 17, 2014. *<http://www.barrysookman.com/2014/06/17/notice-and-notice-regime-under-c-11-coming-into-force/>*

SOROKA, V., JACOVI, M. AND MAAREK, Y. S. «"Let Me Know What You Know" Reach Out as a Model for a Peer-to-Peer Knowledge Sharing Network» en SUBRAMANIAN, R. AND GOODMAN, B. D. (eds). *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. London, Idea Group Publishing, 2005.

SPINDLER, G. AND LEISTNER, M. «Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe», IIC, volumen 37, número 7 (2006).

SPINK, A. AND ZIMMER, M. (eds). *Web Search; Multidisciplinary Perspectives*. Springer, 2008.

STALLINGS, W. *Operating Systems. Internals and Design Principles.* Fifth edition. New Jersey, Prentice Hall, 2005.

STALLINGS, W. *Data and computer communications*, 8th edition. New Jersey, Pearson – Prentice Hall, 2009.

STALLINGS, W. *Computer Organization and Architecture; Designing for Performance*, eighth edition. New Jersey, Pearson, 2010.

STAN, S. G. *The CD-Rom drive; A brief system description.* Dordrecht, Springer Science + Business Media, 1998.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

STEFIK, M. *The Internet edge; Social, technical, and legal challenges for a networked world*. Cambridge, The MIT Press, 2000.

STEMPEL, J. *Lime Wire to pay record labels $105 million, ends suit*. REUTERS, Internet News. May 12, 2011. Disponible en: *<https://www.reuters.com/article/us-limewire-idUSTRE74B78320110512>*

STEMPEL, J. *Google, Viacom settle landmark YouTube lawsuit*. REUTERS. Industrials. March 18, 2014. *<www.reuters.com/article/us-google-viacom-lawsuit-idUSBREA2H11220140318>*

STEPHENS, H. *Infringing Website Lists: Another Valuable Tool in the Anti-Piracy Toolbox*. MPA BLOG. April 17, 2019. *<https://www.mpa-i.org/2019/04/infringing-website-lists-another-valuable-tool-in-the-anti-piracy-toolbox/>*;

STROWEL, A. «Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers—Is the ''Graduated Response'' a Good Reply?». THE WIPO JOURNAL, nº 1 (2009).

STROWEL, A. (ed). *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

STROWEL, A. AND HANLEY, V. «Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks», en STROWEL, A. (ed). *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

SUBRAMANIAN, R. AND GOODMAN, B. D. (eds). *Peer-to-Peer computing: The evolution of a disruptive technology*. Hershey, Idea Group Publishing, 2005.

SULLIVAN, D. *The Pirate Update: Google Will Penalize Sites Repeatedly Accused Of Copyright Infringement*. SEARCH ENGINE

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LAND, August 10, 2012. *<https://searchengineland.com/dmca-requests-now-used-in-googles-ranking-algorithm-130118>*

SUZOR, N. AND FITZGERALD, B. F. «The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law». UNIVERSITY OF NEW SOUTH WALES LAW JOURNAL, volumen 34, número 1 (2011).

SWAN, M. *Blockchain. Blueprint for a new economy*. Sebastopol, O'Reilly, 2015.

SZABO, N. «Formalizing and securing relationships on public networks», FIRST MONDAY, PEER–REVIEWED JOURNAL ON THE INTERNET, volume 2, number 9 (1997). Disponible en: *<https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>*

SZKALEJ, K. AND WOLK, S. *Blocking injunctions against ISPs in Sweden – the Swedish court doesn't wait for the CJEU*. KLUWER COPYRIGHT BLOG. March 1, 2017. Disponible *online* en: *<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/03/01/blocking-injunctions-against-isps-in-sweden-the-swedish-court-doesnt-wait-for-the-cjeu/>*

TAN, S. G. *The CD-Rom drive; A brief system description*. Dordrecht, Springer Science + Business Media, 1998.

TANENBAUM, A. S. *Computer Networks*, 4th edition. New Jersey, Prenctice Hall, 2003.

TANENBAUM, A. S. *Modern Operating Systems*, 3rd edition. New Jersey, Pearson, 2009.

TANENBAUM, A. S. *Structured Computer Organization*, fifth edition. New Jersey, Pearson – Prentice Hall, 2010.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TANENBAUM, A. S. AND VAN STEEN, M. *Distributed systems: Principles and paradigms*, 2nd edition. New Jersey, Prentice-Hall, 2007.

TANENBAUM, A. S. AND WOODHULL, A. S. *Operating Systems. Design and Implementation.* Third edition. New Jersey, Pearson—Prentice Hall, 2009.

TAPSCOTT, D. AND TAPSCOTT, A. *Blockchain Revolution; How the Technology behind Bitcoin is changing Money, Business and the World.* London, Portfolio / Penguin, 2016.

TAPSCOTT, D. AND WILLIAMS, A. D. *Wikinomics; How Mass Collaboration Changes Everything*. Expanded Edition. New York, Portfolio, 2008.

TAYLOR, I. J. AND HARRISON, A. *From P2P and grids to services on the Web; Evolving distributed communities*. London, Springer-Verlag, 2009.

THE BITTORRENT PROTOCOL SPECIFICATION, 2008. Disponible en <*http://www.bittorrent.org/beps/bep_0003.html*>

THE CITY OF LONDON POLICE. *Operation Creative and the Infringing Website List (IWL)*. Last updated 25 May 2016. <*https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/pipcu/Pages/Operation-creative.aspx*>

THE CITY OF LONDON POLICE. *Operation Creative sees 64 per cent drop in UK advertising*. Last updated 2 March 2017. <*https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/pipcu/pipcu-news/Pages/Operation-Creative-sees-64-per-cent-drop-in-UK-advertising-.aspx*>

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

THE WASHINGTON POST. *TechNews: Future of File Sharing*. May 13, 2004. *<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A21560-2004May12.html>*

THIERER, A. AND CREWS, C. W. (eds). *Copy Fights; The Future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington, CATO Institute, 2002.

TIRADO ESTRADA, J. J. «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

TONG-HYUNG, K. «Upload a Song, Lose Your Internet Connection». THE KOREA TIMES, Technology. 04-05-2009. *<www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2009/04/133_42594.html>*

TORRENTFREAK. *U.S. Government Shuts Down 84,000 Websites, 'By Mistake'*. February 16, 2011. *<https://torrentfreak.com/u-s-government-shuts-down-84000-websites-by-mistake-110216>*

TORRENTFREAK, *Scottish File-Sharing Conviction Dismays OiNK and FileSoup Lawyer*. 13 May 2011. *<http://torrentfreak.com/scottish-file-sharing-conviction-dismays-oink-and-filesoup-lawyer-110513/>*

TORRENTFREAK. *Google Removed 50 Million "Pirate" Search Results This Year*. December 28, 2012. *<https://torrentfreak.com/google-removed-50-million-pirate-search-results-this-year-121228>*

TORRENTFREAK. *Google Deleted 200 Million "Pirate" Search Results in 2013*. November 12, 2013. *<https://torrentfreak.com/google-deleted-200-million-pirate-search-results-in-2013-131112>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TORRENTFREAK. *Google Asked to Remove 345 Million "Pirate" Links in 2014*. January 5, 2015. *<https://torrentfreak.com/google-asked-remove-345-million-pirate-links-2014-150105>*

TORRENTFREAK. *Anti-Piracy Outfits Boost Numbers With Bogus Takedown Notices*. June 28, 2015. *<https://torrentfreak.com/anti-piracy-outfits-boost-numbers-with-bogus-takedown-notices-150628/>*

TORRENTFREAK. *Google Asked to Remove 558 Million "Pirate" Links in 2015*. December 30, 2015. *<https://torrentfreak.com/google-asked-remove-558-million-pirate-links-2015>*

TORRENT FREAK. *UK ISPs Sent a Million Piracy Alert Emails*. February 8, 2019. *<https://torrentfreak.com/uk-isps-sent-a-million-piracy-alert-emails-190208/>*

TORRENTFREAK. *Project Brand Integrity Aims to Purge Ads From Pirate Sites*. February 12, 2019. *<https://torrentfreak.com/project-brand-integrity-aims-to-purge-ads-from-pirate-sites-190212>*

TORRENTFREAK. *Sweden Asks Advertisers to Blacklist Streaming and Torrent Sites*. February 23, 2019. *<https://torrentfreak.com/sweden-asks-advertisers-to-blacklist-streaming-and-torrent-sites-190223/>*

TORRENTFREAK. *Google Removed Over 900 Million 'Pirate' Links in 2016*. December 30, 2016. *<https://torrentfreak.com/google-removed-over-900-million-pirate-links-in-2016-161230>*

TUMBRIDGE, J. «A Cunning Fox Defeats the Pirates: 20th Century Fox v Newzbin», EIPR, volumen 33, número 6 (2011).

TRESISE, A., GOLDENFEIN, J. AND HUNTER, D. «What Blockchain Can and Can't Do for Copyright», AUSTRALIAN INTELLECTUAL PROPERTY JOURNAL, volumen 28 (2018).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TRENDACOSTA, K. *Unfiltered: How YouTube's Content ID Discourages Fair Use and Dictates What We See Online*. ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. December 10, 2020. <*https://www.eff.org/wp/unfiltered-how-youtubes-content-id-discourages-fair-use-and-dictates-what-we-see-online*>

TUR FAÚNDEZ, C. *Smart contracts; Análisis jurídico*. Madrid, Editorial Reus, 2018.

TUSIKOV, N. *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*. Oakland, University of California Press, 2017

UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*. Human Rights Council. Seventeenth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. A/HRC/17/27. 16 May 2011.

UNITED NATIONS. "*The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*". Human Rights Council. A/HRC/RES/20/8. Ginebra, 16 de julio de 2012.

UNITED NATIONS. "*The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*". Human Rights Council. A/HRC/RES/26/13. Ginebra, 14 de julio de 2014.

UNITED NATIONS. "*The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*". Human Rights Council. A/HRC/32/L. 20. Ginebra, 27 de junio de 2016.

URBAN, J. M., KARAGANIS, J. AND SCHOFIELD, B. *Notice and Takedown in Everyday Practice* (March 22, 2017). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628. Disponible en <*https://ssrn.com/abstract=2755628*>

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

UREÑA SALCEDO, J. A. *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*. Madrid, Iustel, 2011.

VAIDHYANATHAN, S. *Copyrights and copywrongs; The rise of Intellectual Property and how it threatens creativity*. New York, New York University Press, 2001.

VAN BUSKIRK, E. «RIAA to Stop Suing Music Fans, Cut Them Off Instead». WIRED MAGAZINE, Epicenter. December 19, 2008. Disponible en: *<http://www.wired.com/epicenter/2008/12/riaa-says-it-pl/>*

VAVER, D. AND BENTLY, L. *Intellectual Property in the New Millennium; Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Servidores*. Madrid, Difusa, 2002.

VÁZQUEZ QUINTANA, J. M. «Internet y telecomunicaciones: modelos de convergencia», en CREMADES, J., FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A. E ILLESCAS, R. (coords.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid, La Ley, 2002.

VERAVANICH, P. «Rio Grande: the MP3 showdown at highnoon in cyberspace», FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA & ENTERTAINMENT JOURNAL, volume X, number 2 (2011)

VERMUT, R. S. «File Caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?», JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, University of Georgia. Volumen 4 (1997).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

VIDAL PORTABALES, J. I. «Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P. Especial referencia al caso francés (HADOPI).», ADI, vol. 29 (2008-2009).

VIDAL PORTABALES, J. I. *Sociedad de la Información y Empresa.* Granada, Comares, 2010.

VILALTA NICUESA, A. E. *Smart legal contracts y blockchain; La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain.* Madrid, Wolters Kluwer, 2019.

VILLAR URIBARRI, J. M. Y ANGULO DELGADO, C. «Análisis crítico respecto de las medidas administrativas previstas en el proyecto de Ley de Economía Sostenible para evitar la explotación no autorizada de obras de creación a través de Internet», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

VILLARINO MARZO, S. «Blockchain y responsabilidad de los intermediarios en línea», en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

VINCENT, C. B. «Bittorrent, Grokster, and Why Entertainment and Internet Lawyers Need to Prepare for the Fair Use Argument for Downloading TV Shows», JOURNAL OF INTERNET LAW, volumen 10, vúmero 11 (May 2007).

VINCENTS, O. B. «Secondary Liability for Copyright Infringement in the BitTorrent Platform: Placing the Blame where it Belongs», EIPR, volumen 30, número 1 (2008).

VON LEWINSKI, S. «Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias, así como de otros objetos», BOLETÍN DE DERECHO DE AUTOR, enero-marzo (2005).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

VV.AA. *Copyleft: Manual de Uso*. Madrid, Traficantes de Sueños, 2006.

WADA, K. AND AMORI, A. «Gov't says blocking access to pirated content an option to protect right holders». THE MAINICHI, Business News Department. September 14, 2018. *<http://mainichi.jp/english/articles/20180914/p2a/00m/0na/005000c>*

WAELDE, C. AND EDWARDS, L. *Online Intermediaries and Copyright Infringement*. WIPO/IIS/05/1. Seminar on Copyright and Internet Intermediaries. Geneva, April 18, 2005.

WAKEFIELD, J. «*Net providers to begin sending 'pirate' emails*», BBC, Technology, 11 January 2017. *<https://www.bbc.co.uk/news/technology-38583357>*

WANG, S. J. «DMCA Safe Harbors for Virtual Private Server Providers Hosting BitTorrent Clients», DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW, 1, 2014.

WARNER MUSIC GROUP. *Warner Music Group and Genies Sign Partnership to Bring WMG's Roster of Artists to Life as Avatars*. April 30, 2021. *<https://www.wmg.com/news/warner-music-group-and-genies-sign-partnership-bring-wmgs-roster-artists-life-avatars-35396?cmpid=wmg/twitter/tweet-button/news-detail>*

WATT, A. «R v Alan Ellis», E-COMMERCE LAW REPORTS, volumen 10, numero 1 (2010).

WEBER, S. *The Success of Open Source*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

WERBACH, K. *The Blockchain and the new architecture of trust*. Cambridge, MIT Press, 2018.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

WESTKAMP, G. «The Digital Economy Act and Copyright Liability: Initial observations on the Dangers of Self-Regulation», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 6, 15 de diciembre (2010).

WIAN, Q. «The New Right of Communication through the Information Netwok in the People's Republic of China». First International Forum on the Content Industry: Legal and Policy Framework for the Digital Content Industry, Shanghai, People's Republic of China, May 2007, Sydney, Sydney University Press, 2008.

WIKNER, B. P. «Copyfights to Come: The Ninth Circuit's Contributory Copyright Infringement Analisis and the Inverse Grokster Dilemma», SANTA CLARA LAW REVIEW, número 46 (2006).

WILLIAMS, C. *Prosecutors drop 'piracy' case against film sharing website*. THE TELEGRAPH, Technology News. 24 February 2011. Disponible en: *<http://www.telegraph.co.uk/technology/news/8345801/Prosecutors-drop-piracy-case-against-film-sharing-website.html>*

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Second Survey on Voluntary Registration and Deposit Systems. <www.wipo.int/copyright/en/registration/registration_and_deposit_system_03_10.html>*

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, ADVISORY COMMITTEE ON ENFORCEMENT. *The Building Respect for Intellectual Property Database Project*. WIPO/ACE/14/9. Publication date: June 18, 2019. *<https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=439052>*

WREDSTRÖM, L. «The Founders of The Pirate BayGuilty of Accessory to Copyright Infringement – Public Prosecutor v. Fredrik Neij et al.», COMPUTER LAW REVIEW INTERNATIONAL, número 1, 15 de febrero (2010).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

WU, D. ET AL. «Understanding Peer Exchange in BitTorrent Systems», IEEE International Conference on Peer-to-Peer Computing, Delft, the Netherlands, August 25-27, 2010.

WU, T. «Network Neutrality, Broadband Discrimination», JOURNAL ON TELECOMMUNICATIONS AND HIGH TECHNOLOGY LAW, volumen 2 (2003).

WU, T. «When Code Isn't Law», VIRGINIA LAW REVIEW, volumen 89, número 4 (2003).

XIE, L. «Case Comment: Yahoo and Baidu Search Engine Liability in China.» (March 12, 2009), disponible en *<http://ssrn.com/abstract=1358453>*

XIN, L. «Safe Harbors and Joint Liability of the OSPs in China - A Comparative Study between the US and Australia and China», March 12, 2009. Disponible en *<http://ssrn.com/abstract=1358467>*

XIOL RÍOS, J. A. «Consideración crítica sobre las disposiciones finales del proyecto de Ley de Economía Sostenible. La base civil. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. El caso *Google*.», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid, Dykinson, 2011.

XIOL RÍOS, J. A. «El intercambio de ficheros de obras protegidas por la LPI desde el punto de vista del derecho civil», en O'CALLAGHAN, X. (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual.* Madrid, Dykinson, 2011.

YAMAMOTO, R. *Supreme Court ruling clears Winny software developer*. THE ASASHI SHIMBUN. December 21, 2011. Disponible en: *<http://ajw.asahi.com/article/economy/technology/AJ201112210019>*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

YEN, A. C. «Third-Party Copyright Liability After Grokster», MINNESOTA LAW REVIEW, volumen 91, número 1 (2006).

YU, P. K. «The Graduated Response», FLORIDA LAW REVIEW, volumen 62 (2010).

ZACKER, C. *Networking: The Complete Reference*. Berkeley, Osborne – McGraw-Hill, 2014.

ZEILINGER, M. «Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain», PHILOSOPHY & TECHNOLOGY, volumen 31, número 1 (2018).

ZEROPAID. *Interview: Jed McCaleb from eDonkey2000*. May 3, 2002. Disponible *online* en: <*www.zeropaid.com/news/983/zeropaid_interview_jed_mccaleb_from_edonkey2000/*>

ZGHAIBEH, M. AND HARMANTZIS, F. C. «Revisiting free riding and the Tit-for-Tat in BitTorrent: A measurement study», PEER-TO-PEER NETWORKING AND APPLICATIONS, volumen 1, número 2 (2008).

ZIMMERMAN, D. L. «Daddy, Are We There Yet?; Lost in Grokster-Land», NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF LEGISLATION AND PUBLIC POLICY, volumen 9 (2005).

ZIMMERMANN, H. «OSI reference model — The ISO model of architecture for open systems Interconnection», IEEE TRANSACTIONS ON COMMUNICATIONS, volumen 28, número 4 (1980).

ZITTRAIN, J. *The Future of the Internet — And How to Stop It*. New Haven, Yale University Press, 2008.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

JURISPRUDENCIA

Unión Europea

Asunto C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd* v *William Hill Organization Ltd.* Sentencia TJCE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2004.

Asunto C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd* v *Svenska Spel AB.* Sentencia TJCE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2004.

Asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)* v *Telefónica de España S.A.U.* Sentencia TJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008.

Asunto C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH* v *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. Sentencia TJCE (Sala Cuarta), de 9 de octubre de 2008.

Asunto C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD* v *Lakorda AD*. Sentencia TJCE (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2009.

Asunto C-5/08, *Infopaq International A/S* v *Danske Dagblades Forening*. Sentencia TJUE (Sala Cuarta), de 16 de julio de 2009.

Asunto C-467/08, *Padawan SL* v *SGAE*. Sentencia TJUE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010.

Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA* v *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*:

- Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de abril de 2011.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

- Sentencia TJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011.

Asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* v *Netlog NV*. Sentencia TJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012.

Asunto C - 461/10, *Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB* v *Perfect Communication Sweden AB*. Sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 19 de abril de 2012.

Asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH* v *Constantin Film Verleih GmbH*, *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. Sentencia TJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014.

Asunto C-463/12, *Copydan Båndkopi* v *Nokia Danmark A/S*. Sentencia TJUE (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2015.

Asunto C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd* v *Retriever Sverige AB*. Sentencia TJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014.

Asunto C-348/13, *BestWater International*. Auto del TJUE (Sala Novena), de 21 de octubre de 2014.

Asunto C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd* v *Newspaper Licensing Agency Ltd* y otros. Sentencia TJUE (Sala Caurta), de 5 de junio de 2014.

Asunto C-264/14, *Skatteverket* v *David Hedqvist*. Sentencia TJUE (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015.

Asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden* v *Sony Music Entertainment Germany GmbH*. Sentencia TJUE (Sala Tercera), de 15 de septiembre de 2016.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Asunto C-160/15, *GS Media BV* v *Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*. Sentencia TJUE (Sala Segunda), de 8 de septiembre de 2016.

Asunto C-527/15, *Stichting Brein* v *Jack Frederik Wullems «Filmspeler»*. Sentencia TJUE (Sala Segunda), de 26 de abril de 2017.

Asunto C-610/15, *Stichting Brein* v *Ziggo BV y XS4All Internet BV*:

- Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2017.
- Sentencia TJUE (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017.

Asunto C-265/16, *VCAST Limited* v *RTI SpA*. Sentencia TJUE (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2017.

Asunto C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen* v *Dirk Renckhoff*. Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 7 de agosto de 2018.

Asunto C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH* v *República Federal de Alemania*:

- Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 25 de octubre de 2018.
- Sentencia TJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019.

Asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *Frank Peterson* v *Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (C-682/18), y *Elsevier Inc.* v *Cyando AG* (C-683/18). Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021.

Asunto C-264/19, *Constantin Film Verleih GmbH* v *YouTube LLC, Google Inc*. Sentencia TJUE (Sala Quinta), de 9 de julio de 2020.

Asunto C-392/19, *VG Bild-Kunst* v *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*. Sentencia TJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Asunto C-401/19, *República de Polonia* contra *Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*:

- Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 15 de julio de 2021. Edición provisional.
- STJUE (Gran Sala), de 26 de abril de 2022.

Asunto C-597/19, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited* v *Telenet BVBA*. Sentencia TJUE (Sala Quinta) de 17 de junio de 2021.

Asunto C-433/20, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH* v *Strato AG*. Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, presentadas el 23 de septiembre de 2021. Edición provisional.

Demanda nº 62617/00, asunto *Copland* v *United Kingdom*. Sentencia TEDH (Sección 4ª), de 3 de abril de 2007.

Demanda nº 36768/08, asunto *Ashby Donald y otros* v *Francia*. Sentencia TEDH (Sección 5ª), de 10 de enero de 2013.

Demanda nº 20877/10, asunto *Yaman Akdeniz* v *Turquía*. Sentencia TEDH (Sección 2ª), de 11 de marzo de 2014.

Demanda nº 3111/10, asunto *Ahmet Yildirim* v *Turquía*. Sentencia TEDH (Sección 2ª), de 18 de diciembre de 2012.

Demanda nº 40397/12, asunto *Neij y Sunde Kolmisoppi* v *Suecia*. Sentencia TEDH (Sección 5ª), de 19 de febrero de 2013.

Demanda nº 10795/14, asunto *Vladimir Kharitonov* v *Rusia*. Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 23 de junio de 2020.

España

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia TC, núm. 292/2000, de 30 de noviembre.

Sentencia TC, Sala Segunda, núm. 109/2008, de 22 de septiembre.

Sentencia TS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), núm. 553/1998, de 9 de junio.

Sentencia TS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), núm. 629/2007, de 8 de junio.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 773/2009, de 9 de diciembre.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 316/2010, de 18 de mayo.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 72/2011, de 10 de febrero.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 742/2012, de 4 de diciembre.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 128/2013, de 26 de febrero.

Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 144/2013, de 4 de marzo.

Sentencia TS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 532/2013, de 19 de septiembre.

Sentencia TS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm. 326/2019, de 20 de junio.

Sentencia TS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), núm. 449/2021, de 23 de junio.

Sentencia TS, Sala Segunda, de lo Penal (Pleno), núm. 546/2022, de 2 de junio.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 284/2004, de 2 junio.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia AP Barcelona (Sección 7ª), núm. 8/2005, de 22 de diciembre.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 749/02-2ª, de 17 de septiembre de 2008.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), RA 92/2006, de 17 de septiembre de 2008.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 83/2011, de 24 de febrero.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 89/2011, de 2 de marzo.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 301/2011, de 7 de julio.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 470/2013, de 18 de diciembre.

Sentencia AP Barcelona (Sección 15ª), núm. 115/2018, de 27 de julio.

Sentencia AP Barcelona (Sección 10ª), núm. 334/2020, de 26 de junio.

Sentencia AP Castellón de la Plana (Sección 1ª), núm. 426/2014, de 12 de noviembre.

Sentencia AP Madrid (Sección 1ª), núm. 764/2001, de 27 de julio.

Sentencia AP Madrid (Sección 12ª), núm. 94/2004, de 10 febrero.

Sentencia AP Madrid (Sección 1ª), núm. 593/2005, de 10 de mayo.

Sentencia AP Madrid (Sección 18ª), núm. 329/2005, de 13 junio.

Sentencia AP Madrid (Sección 28ª), núm. 247/2008, de 17 octubre.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia AP Madrid (Sección 9ª), núm. 95/2010, de 19 de febrero.

Sentencia AP Madrid (Sección 28ª) núm. 11/2014, de 14 de enero.

Sentencia AP Madrid (Sección 28ª), núm. 103/2014, de 31 de marzo.

Sentencia AP Madrid (Sección 28ª), núm. 550/2017, de 4 de diciembre.

Sentencia AP Murcia (Sección 2ª), núm. 55/2021, de 26 de febrero.

Sentencia AP Valencia (Sección 4ª), núm. 172/2008, de 8 de mayo.

Sentencia AP Valencia (Sección 4ª), núm. 40/2014, de 20 de enero.

Sentencia AP Valencia (Sección 5ª), núm. 856/2015, de 22 de diciembre.

Sentencia AP Vizcaya (Sección 1ª), núm. 530/2011, de 27 de septiembre.

Sentencia AP Zaragoza (Sección 1ª), núm. 73/2011, de 16 de febrero.

Sentencia JP Barakaldo nº 1, núm. 49/2011, de 11 de febrero.

Sentencia JP Barcelona nº 18, PA 161/2005, de 8 de septiembre.

Sentencia JP Castellón de la Plana nº 4, núm. 453/2013, de 30 de octubre.

Sentencia JP Logroño nº 1, núm. 308/2008, de 25 de noviembre.

Sentencia JP Murcia nº 4, núm. 222/2019, de 21 de junio.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia JP Sabadell nº 1, núm. 59/2013, de 16 de octubre.

Sentencia JP Valencia nº 3, núm. 313/2013, de 24 de junio.

Sentencia JP Valencia nº 12, núm. 378/2015, de 16 de septiembre.

Sentencia JP Vitoria-Gasteiz nº 2, núm. 122/2011, de 15 de abril.

Sentencia JP Zaragoza nº 1, núm. 334/2010, de 20 de octubre.

Sentencia JM Barcelona nº 7, núm. 67/2010, de 9 de marzo.

Sentencia JM Barcelona nº 6, núm. 149/2010, de 22 de abril.

Sentencia JM Barcelona nº 6, JO 1019/2010, de 11 de julio de 2012.

Sentencia JM Barcelona nº 2, núm. 219/2016, de 25 de julio.

Sentencia JM Barcelona nº 6, núm. 15/2018, de 12 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 5/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 6/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 7/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 8/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 9/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 10/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 11/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 12/2018, de 5 de enero.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 13/2018, de 5 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 14/2018, de 8 de enero.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 135/2018, de 17 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 136/2018, de 17 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 137/2018, de 17 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 138/2018, de 17 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 140/2018, de 17 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 189/2019, de 30 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 191/2019, de 30 de abril.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 218/2019, de 15 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 219/2019, de 15 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 220/2019, de 15 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 221/2019, de 15 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 222/2019, de 15 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 230/2019, de 20 de mayo.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 251/2019, de 6 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 1, núm. 252/2019, de 6 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 259/2019, de 18 de junio.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 262/2019, de 18 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 263/2019, de 18 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 264/2019, de 18 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 283/2019, de 25 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 289/2019, de 25 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 291/2019, de 25 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 294/2019, de 25 de junio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 314/2019, de 8 de julio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 337/2019, de 22 de julio.

Sentencia JM Bilbao nº 2, núm. 357/2019, de 6 de septiembre.

Sentencia JM Madrid nº 7, núm. 289/2010, de 20 de septiembre.

Sentencia JM Madrid nº 4, núm. 244/2011, de 25 de noviembre.

Sentencia JM Madrid nº 2, JO 793/2011, de 22 de julio de 2013.

Sentencia JM Madrid nº 7, JO 2174/2019, de 11 de febrero de 2020.

Sentencia JM San Sebastián nº 1, núm. 239/2017, de 2 de noviembre.

Sentencia JM San Sebastián nº 1, núm. 240/2017, de 2 de noviembre.

Sentencia JM Vitoria-Gasteiz nº 1, núm. 83/2018, de 10 de mayo.

Auto AP A Coruña (Sección 1ª), núm. 22/2013, de 8 de enero.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Auto AP Álava (Sección 2ª), núm. 363/2009, de 30 de septiembre.

Auto AP Alicante (Sección 2ª), núm. 161/2010, de 18 de febrero.

Auto AP Alicante (Sección 7ª), núm. 551/2010, de 20 de septiembre.

Auto AP Barcelona (Sección 3ª), núm. 732/2009, de 11 de noviembre.

Auto AP Cantabria (Sección 1ª), núm. 214/2010, de 8 de junio.

Auto AP Huelva (Sección 1ª), DP 1571/2007, de 1 de septiembre de 2010.

Auto AP León (Sección 3ª), núm. 463/2009, de 15 de octubre.

Auto AP León (Sección 3ª), núm. 67/2014, de 20 de enero.

Auto AP Madrid (Sección 5ª), núm. 3975/08, de 3 de noviembre de 2008.

Auto AP Madrid (Sección 2ª), núm. 582/2008, de 11 de septiembre.

Auto AP Madrid (Sección 1ª), núm. 364/2010, de 27 de abril.

Auto AP Madrid (Sección 23ª), núm. 554/2010, de 11 de mayo.

Auto AP Madrid (Sección 2ª), núm. 202/2011, de 8 de marzo.

Auto AP Madrid (Sección 1ª), núm. 159/2011, de 10 de marzo.

Auto AP Madrid (Sección 1ª), núm. 179/2011, de 15 de marzo.

Auto AP Murcia (Sección 5ª), núm. 201/2009, de 16 de septiembre.

Auto AP Valencia (Sección 3ª), núm. 630/2010 de 26 de octubre.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Auto JI Barcelona nº 9, DP 827/02-C, de 7 de marzo de 2003.

Auto JI Bilbao nº 4, DP 3169/2012, de 2 de diciembre de 2013.

Auto JI Cartagena nº 4, DP 665/2007, de 17 de abril de 2008.

Auto JI Madrid nº 4, DP 1089/06, de 28 de septiembre de 2007.

Auto JI Madrid nº 1, DP 6.824/05, de 19 de marzo de 2008.

Auto JI Madrid nº 13, DP 5952/2005, de 5 de mayo de 2008.

Auto JI Madrid nº 1, DP 6.824/05, de 31 de octubre de 2008.

Auto JI Madrid nº 1, DP 6.824/05, de 2 de marzo de 2010.

Auto JI Mislata nº 1, PA nº 21/2011, de 18 de noviembre de 2013.

Auto JI Orihuela nº 3, DP 248/2007, de 17 de octubre de 2008.

Auto JI Vitoria-Gasteiz nº 2, DP 2710/2009, de 21 de octubre.

Auto JM Barcelona nº 7, núm. 138/2009, de 2 de julio.

Estados Unidos

Sony Corporation of America v. *Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984).

MAY Systems Corp. v. *Peak Computer, Inc.* 991 F.2d 511, 518-19, 26 USPQ 2d (BNA) 1458, 1463-64 (9th Cir. 1993).

Advanced Computer Services of Michigan, Inc. v. *MAI Systems Corp.* 845 F. Supp. 356 (E.D. Va. 1994).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Triad Systems Corp. v. *Southeastern Express Co.*, 31 USPQ 2d 1239, 1243 (N.D.C. 1994).

Marobie-FL, Inc. v. *National Assotiation of Fire Equipment Distributors* and *Northwest Nexus, Inc.* 986 F. Supp. 1167, 1997 US Dist. LEXIS 18764, 45 USPQD 2d (BNA) 1236.

A&M Records, Inc. v. *Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

A&M Records, Inc. v. *Napster, Inc.*, 239 F. Supp 3d 1004 (9th Cir. 2001).

A&M Records, Inc. v. *Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091 (9th Cir. 2002).

Kelly v. *Arriba Soft Corporation*, 336 F. 3d 811 (9th Cir. 2003).

In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. *Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. *Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004).

CoStar Group, Inc. v. *LoopNet, Inc.* 373 F.3d 544, 551, 71 USPQ 2d (BNA) 1096, 1101 (4th Cir. 2004).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. *Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913; 125 S.Ct. 2764; 162 L.Ed. 2d 781 (2005).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. *Grokster, Ltd.*, (04-480), 545 U.S. 913 (2005).

Field v. *Google Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Perfect 10 v. *Google, Inc., et al.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

Perfect 10, Inc. v. *Amazon.com, Inc.*, 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007).

Perfect 10 v. Visa Int'l Service Ass'n, 494 F.3d 788 (9th Cir. July 3, 2007) y 553 U.S. 1079 (2008).

Columbia Pictures v. *Bunnell*. 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007).

The Cartoon Network LP, LLLP v. *CSC Holdings, Inc.* 536 F.3d 121, 124, 87 USPQ 2d (BNA) 1641, 1643 (2d Cir. 2008) cert. denied, 129 S. Ct. 2890.

Arista Records LLC v. *Usenet.com, Inc.*, 633 F. Supp. 2d 124, 133 (S.D.N.Y. 2009).

Viacom Int'l Inc. v. *YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514 (SDNY 2010).

Arista Records LLC v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) (SDNY. May 11, 2010).

EMI April Music Inc et al v. *Lime Wire LLC,* No. 10-04695 (SD NY. June 16, 2010).
Arista Records LLC v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) Consent Injunction (SDNY. October 26, 2010).

Call of the Wild Movie, L.L.C. v. *Does 1–1062*, 770 F. Supp. 2d 332, 338 (D.D.C. 2011).

Nu Image, Inc v. *Does 1 – 6500* Case Nº 11-CV-00301 (RLW) February 4, 2011 (UD DDC).

Columbia Pictures Industries, Inc., et al v. *Gary Fung and IsoHunt Web Technologies, Inc.*, CV-06-05578 SVW (JCx) (C.D. Cal. Oct. 23,

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2013). *Brief of Google Inc. As Amicus Curiae in Support of Affirmance*. Docket No. 10-55946. February 8, 2011.

Arista Records LLC v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) Opinion and Order (SD NY. March 10, 2011)

Camelot Distribution Group, Inc v. *Does 1 through 5865* Case Nº CV11-01949 DDP (FMOx) March 16, 2011 (US DC CD Cal.).

Arista Records LLC v. *Lime Group LLC*, No. 06 CV 5936 (KMW) Opinion and Order (SD NY. April 6, 2011).

Liberty Media Holdings, LLC v. *Swarm of November 18 to December 8, 2010, Sharing Hash File A3E6F65F2E3D672400A5908F64ED55B66A0880B8 and Does 1 through 5* Case Nº 1:11CV238 April 20, 2011 (US DC SD Ohio).

Pacific Century International, Ltd. v. *Does 1-101*, No. 4:11-cv-02533 (N.D. Cal. July 8, 2011).

On the Cheap, LLC v. *Does 1-5011*, 280 F.R.D. 500 (N.D. Cal. 2011).

Liberty Media Holdings, LLC v. *Swarm of November 16, 2010, Sharing Hash File A3E6F65F2E3D672400A5908F64ED55B66A0880B8* 2011 WL 1597495, 2 (SD Cal.) (SD Cal. 2011).

Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012).

Patrick Collins, Inc., v. *John Does 1-4*, 12 Civ. 2962 (HB) (S.D.N.Y. June 12, 2012).

UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC., 972 F. Supp. 2d 537 (SDNY 2013).

Viacom Int'l Inc. et al. v. YouTube et al., 07 civ. 2103 (LLS) (SDNY Apr. 18, 2013).

Columbia Pictures Industries, Inc., et al v. *Gary Fung and IsoHunt Web Technologies, Inc.*, CV-06-05578 SVW (JCx) (C.D. Cal. Oct. 23, 2013).

United States Telecom Association v. *Federal Communications Commission and United States of America.* DC Cir., No. 15-1063 et al. June 14, 2016.

Cobbler Nevada, LLC v. *Gonzales*, 901 F.3d 1142 (9th Cir. 2018)

Strike 3 Holdings, LLC v. *Doe, No. 18CV0449ENVJO*, 2019 WL 2022452, at *1 (E.D.N.Y. Mar. 21, 2019)

Mozilla Corporation v. *FCC.* DC Cir., No. 18-1051. October 1, 2019.

Países Bajos

Buma/Stemra v. *Kazaa*, KG 01/2264 OdC. November 29, 2001.

Buma/Stemra v. *Kazaa HR*, December 19, 2003. AMI 2004 9.

Stichting BREIN – Techno Design 'Internet Programming' BV. Zoekmp3 - 12 mei 2004, LJN: AO9318, Rechtbank Haarlem, 85489 / HA ZA 0299.

Stichting BREIN – Techno Design 'Internet Programming' BV. Zoekmp3 - 15 juni 2006, LJN: AX7579, Gerechtshof Amsterdam, 1157 / 04.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Stichting BREIN – KPN: 5 januari 2007, LJN: AZ5678, Rechtbank 's-Gravenhage 276747 / KG ZA 06-14.

Stichting BREIN – Leaseweb: 21 juni 2007, LJN: BA7810 Rechtbank Amsterdam, 369220 / KG ZA 07-840 AB/MV.

BREIN – Neij, Kolmisoppi en Warg: 30 juli 2009, voorzieningsrechter Amsterdam 428212 KG ZA 09 – 1092 WT/RV.

Stichting BREIN – Mininova: 26 augustus 2009, Rechtbank Utrecht 250077 HA ZA 08-1124.

BREIN - The Pirate Bay: 22 oktober 2009, Rechtbank Amsterdam 436360 KG ZA 09-1809 WT/RV.

Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland v. News-Service Europe B. V. Rechtbank Amsterdam, 434569 / HA ZA 09-2443, vonnis van 28 september 2011.

Gerechtshof Amsterdam, afdeling civiel recht en belastingrecht, team I. Zaaknummer: 200.243.005/01. Zaak-/rolnummer rechtbank Den Haag: 374634 / HA ZA 10-3184. Arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 2 juni 2020, inzake ZIGGO B.V. *en* XS4ALL INTERNET B.V., *tegen* STICHTING BREIN.

Reino Unido

Norwich Pharmacal Co v *Customs and Excise Commissioners* [1973] UKHL 6 (26 June 1973).

CBS Songs Ltd v *Amstrad Consumer Electronics Plc* (No.1) (HL) [1988] A.C. 1013 [1988] 2 WLR 1191; [1988] 2 All ER 484.

Sony Music Entertainment (UK) Ltd and others v *Easyinternetcafe Ltd* [2003] EWHC 62, FSR 48 (Ch).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sony Computer Entertainment Inc v *Ball* [2004] EWHC 1738 (Ch).

Polydor Ltd v *Brown*, No. HC 05C02035, [2005] EWHC 3191 (Ch) (UK High Ct. Chancery Division, 18 November 2005).

Gilham v *R* [2009] EWCA Crim 2293.

Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v *Newzbin Ltd* [2010] EWHC 608 (Ch).

R (on the Application of British Telecommunications Plc & TalkTalk Telecom Group Plc) v *The Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2011] EWHC 1021 (Admin).

The Queen (on the Application of British Telecommunications Plc & TalkTalk Telecom Group Plc) v *The Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2011] EWCA Civ 1229.

R (British Telecommunications Plc) v *BPI* (British Recorded Music Industry) *Ltd and others* [2012] EWCA Civ 232.

Australia

University of New South Wales v *Moorhouse* (1975) 133 CLR 1.

Dyason v. *Autodesk Inc* (1990) 24 FCR 147.

Microsoft Corp v. *Business Boost Pty Ltd* (2000) 49 IPR 573.

Australian Video Retailers Association Ltd v. *Warner Home Video Pty Ltd* (2001) 114 FCR 324.

Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment et al. v. *Stevens* [2003] FCAFC 157.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Universal Music Australia Pty Ltd v *Cooper* [2005] FCA 972 (14 July 2005).

Universal Music Australia Pty Ltd v *Sharman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242 (5 September 2005).

Cooper v *Universal Music Australia Pty Ltd* [2006] FCAFC 187 (18 December 2006).

Roadshow Films Pty Ltd v *iiNet Limited* (No. 3) [2010] FCA 24 (4 February 2010).

República Popular China

Shanghai Push Sound Music & Entertainment Co.,Ltd. v *Beijing Kuro Music Software Exploration Co. Ltd. and Beijing Bo Sheng Fang An Information Technology Co. Ltd.*, (2005).

Universal Music Group v *Jining's Window Information Ltd.* Third Court of Civil Branch, Supreme Court (2005).

Gold Label Entertainment Ltd. v *Beijing Baidu Network Information Scien-tech Co., Ltd.*, Civ No. (2005) 7965 Yi Zhong Min Chu Zi (Beijing No. 1 Intermediate People's Court, 17 November 2006).

Go East Entertainment Co. Ltd. v *Beijing Alibaba Information and Technology Co. Ltd.*, Civ No. 02627 Er Zhong Min Chu Zi (Beijing No. 2 Intermediate People's Court, 24 April 2007).

HKSAR v *Chan Nai-Ming*, FACC 0003/2007, 18 May 2007.

Go East Entertainment Co. Ltd. v *Beijing Alibaba Information and Technology Co. Ltd.*, Gaomingzhongzi No. 1191 (Beijing Higher People's Court, 20 December 2007).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Guangzhou Shulian Software Technology Co. Ltd. and Shanghai CAV Advertisement Co. Ltd. v *Guangdong Zhongkai Culture Development Co. Ltd.*, (Shanghai High People's Court, 2008).

Suecia

IFPI v *T. Olsson*, B 824-99, (Tingsrätt Skövde 1999).

IFPI v *T. Olsson*, B 1009-99 (Göta, Court of Appeals 1999).

IFPI v *T. Olsson*, B 413-00, (Stockholm Supreme Court 2000).

Stockholms Tingsrätt, DOM 2009-04-17, Mål nr. B 13301-06.

Svea Hovrätt. Patent- och marknadsöverdomstolen. Rotel 020110. Mål nr PMT 11706-15. DOM 2017-02-13.

Svea Hovrätt. Patent- och marknadsöverdomstolen. Rotel 020107. Mål nr PMT 13399-19. DOM 2020-06-29.

Alemania

Elektronisches Pressarchiv, Landgericht Hamburg, 02/05/1996.

Roche Lexicon, Landgericht Hamburg, aktenzeichen 308 O 205/00, entscheidung von 12. Juli 2000.

BGH, Urteil vom 17.07.2003, Aktenzeichen I ZR 259/00.

BGH, Urteil vom 29. April 2010, Aktenzeichen I ZR 39/08.

Columbia Pictures Industries Inc. et al v *CB3ROB Ltd. & Co. KG*, Landgericht Hamburg, Zivilkammer 10, 310 O 154/10, beschluss vom 6.5.2010.

Canadá

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Glaxo Wellcome plc v. *Minister of National Revenue* (1998), 81 C.P.R. (3d) 372 (F.C.A.).

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. *Canadian Association of Internet Providers* 2004 SCC 45.

Law Society of Upper Canada v *CCH Canadian Ltd* [2004] 1 SCR 339

BMG Canada Inc. v. *Doe*. 2004 FC 488 aff'd 2005 FCA 193.

Rogers Communications Inc. v. *Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38.

Francia

Societe des Producteurs de Phonogrammes en France et Union des Producteurs Phonographiques Francais Independants c/ *S.A. Cherie Fm et S.A. NRJ*. TGI Paris, 3ème chambre 1ère section. N° RG 00/09247. 15 Mai 2002.

SAIF c/Google. TGI Paris, RG n° 05/12117. 20 mai 2008.

SAIF c/Google. CA Paris, RG n° 08/13423. 26 janvier 2011.

Bélgica

IFPI Belgium v *Beckers*, A.R.K. No. 99/594/C (Antwerp Law Courts, 21 December 1999).

Beckers v *IFPI Belgium*, No. 2000/RK/27 (First Chamber, Court of Appeal, Antwerp, 26 June 2001).

Dinamarca

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

KODA, NCB, Dansk Artist Forbund, Dansk Musiker Forbund & IFPI Denmark, Case Nos. V.L. B-1943-99 y V.L. B-2089-99 (High Ct. of Justice, Western Div., 20 April 2001).

IFPI Denmark v. *DMT2 A/S* - Frederiksberg Fogedrets Kendelse, 5 Februaray 2008 - FS 14324/2007.

Irlanda

EMI Records (Ireland) Ltd and others v Eircom Ltd [2010] IEHC 108.

EMI Records (Ireland) Ltd & Ors v UPC Communications Ireland Ltd [2010] IEHC 377.

Japón

Nippon Columbia Co., Ltd et al. v *Yugen Kaisha Nippon MMO 2002* (Wa) Case No. 4249 (Tokyo District Court, 29th Civil Division).

JASRAC v *MMO Japan* (Tokyo District Court, 29 January 2003), H17.3.31, Tokyo Dist. Ct. No. 16 Ne 446.

Noruega

TONO v *Bruvik*, Civil Case No. 2004/822 (S. Ct. Norway, 27 January 2005).

República de China

Global Digital Technology Co., Ltd., 2002 Zhen Zi No. 10786 and No. 4559 (Shih-Lin (Taiwan) Dist. Ct. 30 June 2005).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La presente tesis doctoral intenta superar dos problemas concretos que vienen dificultando el estudio jurídico del intercambio de archivos conteniendo obras protegidas por el derecho de Propiedad Intelectual a través redes informáticas descentralizadas, en concreto, las conocidas como redes Peer to Peer (P2P). En primer lugar, la pérdida de perspectiva sobre la naturaleza jurídica del problema y su compleja base técnica y, en segundo término, cierto abandono o resistencia a buscar en el derecho de Propiedad Intelectual las claves para enjuiciar la conducta de quienes llevan a cabo la actividad de intercambiar ficheros conteniendo obras protegidas a través de este tipo de redes de telecomunicaciones.